Sachgründung und Nachgründung nach altem und neuem Aktienrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Johann Wolfgang Goethe-Universität

zu Frankfurt a. Main

vorgelegt von

Assessor

Gerhard Littmann

Berlin

1938

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg.

Erster Gutachter: Prof. Dr. Schantz
Zweiter Gutachter: Prof. Dr. Klausing.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546424_0024

Sachgründung und Nachgründung nach altem und neuem Aktienrecht.

Es entspricht dem Totalitätsanspruch des Staates, wenn heute das gesamte Leben des Volkes in allen seinen Erscheinungsformen in weit stärkerem Maße als bisher dem Einfluß des Staates und den ihn beherrschenden Ideen unterworfen wird. So ist es nur natürlich, wenn auch das Wirtschaftsleben neu geformt und die das Wirtschaftsleben regelnden Normen mit neuem Geist erfüllt werden. Bei der Reform des Aktienrechts hat man vor allem mit dem Grundsatz gebrochen, daß Staat und Wirtschaft nichts miteinander zu tun hätten. Wenn der Gesetzgeber beispielsweise in § 70 Abs. 1 Akt.Ges. sagt: „Der Vorstand soll die Gesellschaft unter eigener Verantwortung so leiten, wie das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern", so läßt dies klar die neue Grundeinstellung erkennen. Die Aktiengesellschaft ist heute ebensosehr Teil der Volksgemeinschaft mit allen sich daraus ergebenden Pflichten wie die Einzelperson. Es kann heute nicht mehr der ausschließliche Zweck eines Unternehmens sein, einen möglichst hohen Gewinn zu erzielen und eine möglichst hohe Dividende an die Aktionäre auszuschütten, sondern es muß bei jedem Unternehmen das Bewußtsein vorhanden sein, daß es auch Aufgaben gegenüber dem Volksganzen hat. Das Streben nach Gewinn findet seine Grenze dort, wo es dem Wohl des Volkes schadet.

Die Bestrebungen nach einer Reform des Aktienrechtes sind nicht neu. Bereits seit dem Jahre 1926 waren maßgebliche Stellen damit befaßt, ohne daß man es über Entwürfe hinausgebracht hätte. Erst dem nationalsozialistischen Staat war es vorbehalten, in wenigen Jahren auf diesem Gebiete eine durchgreifende und endgültige Neuregelung zu schaffen. Bei dieser Reform hat man all das in das neue Gesetz übernommen, was sich nach bisherigem Recht bewährt hatte. Man hat nicht gewaltsam reformiert. Nur das, was sich als unzulänglich oder schädlich erwiesen hatte, ist ausgemerzt und durch neue Vorschriften ersetzt worden.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, darzulegen, inwieweit der Gesetzgeber auf dem Sondergebiet der Sachgründung und der Nachgründung Änderungen vorgenommen hat und worauf diese Änderungen zurückzuführen sind. Dabei muß zum besseren Verständnis auch das bisherige Recht herangezogen werden, denn nur durch eine solche Vergleichung des bisherigen Rechtszustandes mit dem neuen Recht lassen sich die Unterschiede klar herausarbeiten.

Daß die Regelung nach dem bisher geltenden Recht nicht glücklich war, erhellt durch einen einzigen Blick auf die zahllosen Streitfragen, die im Laufe der Zeit entstanden waren und auf die verschiedenste Weise von Rechtsprechung und Rechtslehre beantwortet wurden. Während auf anderen Gebieten, auf denen durch unklare oder unvollständige Ausdrucksweise des Gesetzes Streitfragen und Zweifel entstanden waren — man denke beispielsweise nur an die positive Vertragsverletzung — nach einer gewissen Zeit durch eine einheitliche Rechtsprechung eine klare Linie gefunden worden war, auf der sich brauchbare und dem Verkehr angemessene Ergebnisse erzielen ließen, ist dies gerade bei den die Sach- und Nachgründung betreffenden Fragen nicht gelungen. Die Gründe hierfür sind nicht zuletzt in einer gewissen Kurzsichtigkeit und einer zu formalen Betrachtungsweise zu suchen, in einem Mangel an wirtschaftlichem Denken. Wären auch wirtschaftliche Erwägungen angestellt worden, so hätten sich trotz der unleugbar unglücklichen Fassung des Gesetzes bessere Ergebnisse erzielen lassen. Bei der bedeutenden Stellung, die die Aktiengesellschaften in unserem heutigen Wirtschaftsleben einnehmen, wäre eine klare Linie doppelt wünschenswert gewesen. So mußte es dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben, Klarheit zu schaffen. Diese Aufgabe ist zum großen Teil gelungen. Immerhin sind, wie noch darzulegen sein wird, auch heute noch eine Reihe von Wünschen offen geblieben.

A. Die Sachgründung.

I. Der Zweck der besonderen Sachgründungsvorschriften.

Das Gesetz geht wie bisher davon aus, daß die normale Form der Errichtung der Aktiengesellschaft die der Bargründung ist, daß also die ersten Aktionäre, die an der Feststellung der Satzung beteiligt sind — die Gründer — den Nennbetrag oder den höheren Ausgabebetrag der Aktien in Geld einzahlen. Häufig genug wird aber im Interesse der zukünftigen Gesellschaft das Bedürfnis bestehen, bereits vor ihrer Entstehung bestimmte Gegenstände zu erwerben, sei es, daß sie dem zukünftigen Betriebe der Aktiengesellschaft dienlich sind, sei es, daß eine günstige Gelegenheit zur Anschaffung besteht, die sich nicht bis zur Eintragung der Gesellschaft erhalten läßt. Um den Gründern derartige Geschäfte für die zukünftige Gesellschaft zu ermöglichen, eröffnet der Gesetzgeber den Weg der Sachgründung. Das bedeutet, daß der Gründer anstelle der Geldeinlage einen anderen Gegenstand in das Gesellschaftsvermögen einbringt und dadurch die gleichen Rechte und Pflichten erwirbt wie ein Gründer, der eine Geldeinlage gemacht hat. Diese Möglichkeit bietet zweifellos sowohl für die Gesellschaft wie für den Gründer eine Annehmlichkeit. Zugleich wird aber auch durch die

Zulassung der Sachgründung ein erhebliches Gefahrenmoment in den Gründungsvorgang hineingebracht. Bei der reinen Bargründung besteht jederzeit Klarheit darüber, welche Mittel der Gesellschaft zur Verfügung stehen, in welchem Maße sie also kreditwürdig ist. Anders bei der Sachgründung. Ohne nähere Vorschriften über die Bewertung der Sacheinlage oder Sachübernahme und ohne ihre Aufnahme in die Satzung vermag ein Außenstehender überhaupt nicht zu übersehen, in welchem Maße Vermögen und Sicherheit für ihn vorhanden ist. Aber nicht nur die Öffentlichkeit ist bei der Sachgründung erhöhten Gefahren ausgesetzt, sondern auch die zukünftige Gesellschaft selbst ist bedroht, wenn sie an Verträge gebunden ist, die zwar dem Gründer günstig, ihr selbst aber ungünstig sind. Diese erhöhten Gefahren zwingen zu einer besonderen und eingehenderen Regelung der Sachgründungsvorschriften.

Aus dem dargelegten Zweck der besonderen Sachgründungsvorschriften ergibt sich zugleich, daß es sich bei diesen nicht etwa um Formvorschriften handelt, durch die andere Formvorschriften, wie beispielsweise die des § 313 BGB. ersetzt werden sollen. Vielmehr haben die Vorschriften rechtspolizeilichen Charakter und lassen Formvorschriften, die an anderer Stelle gegeben sind, unberührt.

II. Sacheinlage und Sachübernahme.

Bei der Sachgründung sind zwei Begriffe scharf voneinander zu trennen: Sacheinlage und Sachübernahme. Die bisherige Fassung des § 186 Abs. 2 H.G.B. ließ eine klare Begriffsbestimmung vermissen und führte infolgedessen leicht zu Unklarheiten. Umso mehr ist es zu begrüßen, daß das Gesetz nunmehr eine klare Formulierung der beiden Begriffe bringt, die jeden Zweifel ausschaltet. Nach § 20 Aktiengesetz sind Sacheinlagen eines Aktionärs solche Einlagen, die nicht durch Einzahlung des Nennbetrags oder des höheren Ausgabebetrags der Aktien zu leisten sind. Sachübernahmen dagegen sind Verträge, nach denen die Gesellschaft vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände übernehmen soll. Rein äußerlich betrachtet ist beiden Vorgängen gemeinsam, daß sie in der Satzung festgestellt werden müssen, um der Gesellschaft gegenüber wirksam zu sein, und zwar nach dem Gegenstande der Sacheinlage oder Sachübernahme, der Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und dem Nennbetrag der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien oder der bei der Sachübernahme zu gewährenden Vergütung. Dieser Zwang zur Offenlegung der Sachgründung in der Satzung hat vornehmlich den Zweck, in der Öffentlichkeit Klarheit darüber zu schaffen, inwieweit bares Grundkapital vorhanden ist, inwieweit die Gesellschaft Grundkapital in Form von Gegenständen besitzt und inwieweit die Gründer über das Grundkapital mit verpflichtender Wirkung für

die zukünftige Gesellschaft bereits verfügt haben. Der Zwang zur Klarlegung entspricht den bisherigen Vorschriften. Daher finden auch im einzelnen die zu § 186 Abs. 2 H.G.B. entwickelten Grundsätze Anwendung. Es erübrigt sich, hierauf näher einzugehen, da dies nur eine Wiederholung bereits früher entwickelter Gedanken bedeuten würde.

Ungeklärt ist bisher noch die Frage, in welchem Umfang die Gründer im Rahmen des § 20 Aktiengesetz die zukünftige Gesellschaft verpflichten können, ob neben den Vereinbarungen, deren Aufnahme in das Statut gem. §§ 19, 20 Aktiengesetz zwingend vorgeschrieben ist, wenn sie der zukünftigen Gesellschaft gegenüber wirksam sein sollen, auch noch andere Vereinbarungen aufgenommen werden k ö n n e n mit der gleichen verpflichtenden Wirkung. Die Frage ist zu verneinen. In den §§ 19, 20 sind die Möglichkeiten, die der Gesetzgeber den Gründern gewährt, um die zukünftige Gesellschaft zu binden, erschöpfend aufgezählt. Andere Vereinbarungen haben trotz Aufnahme in die Satzung keine verpflichtende Wirkung für die Gesellschaft.

Schon der Wortlaut des Gesetzes mit seiner eingehenden Aufzählung der gegebenen Möglichkeiten spricht für die hier vertretene Meinung. Ausschlaggebend ist aber vor allem folgende wirtschaftliche Überlegung. Wäre es richtig, daß die Gründer Vereinbarungen jeder Art in die Satzung aufnehmen und dadurch die zukünftige Gesellschaft verpflichten könnten, so würde damit der Einfluß der Gründer ins Ungemessene gesteigert. Eine geschickte Ausnutzung der Möglichkeiten durch die Gründer könnte dazu führen, daß zwar nach außen hin durch die Eintragung eine neue Rechtspersönlichkeit entsteht, die aber in Wirklichkeit nur ein Scheindasein führt. Eine solche Gesellschaft wäre nichts anderes als ein Strohmann, hinter dem sich die Gründer verstecken mit der Annehmlichkeit der beschränkten Haftung. Man denke nur an den einfachen Fall, daß die Gründer die Gesellschaft durch Aufnahme in das Statut verpflichten, ihre Ware nur von einem bestimmten Dritten zu kaufen, der nicht Mitgründer ist, sondern nur in irgend einer Weise mit den Gründern in Verbindung steht. Oder die Gesellschaft wird verpflichtet, ihre Ware nur an einen bestimmten Dritten zu bestimmten Preisen weiterzuveräußern. Da derartige Abkommen weder Sacheinlage- noch Sachübernahmeabkommen sind, bedürfte es keiner Nachprüfung des Vertrages durch die unparteiischen Gründungsprüfer. Der Registerrichter könnte, selbst wenn er von der Schädlicheit der Vereinbarung überzeugt wäre, die Eintragung der Gesellschaft nicht ablehnen. Daß der Gesellschaft durch derartige Verträge ein größerer Schaden entstehen kann, als durch einen nicht angemessenen Sachübernahmevertrag, liegt auf der Hand. Die Beispiele ließen sich noch vermehren. Aber schon das angeführte Beispiel dürfte zeigen, daß es nicht angängig ist, die Befugnisse der Gründer zu weit auszudehnen. Dies würde auch kaum dem Sinne des Gesetzes entsprechen, denn der Gesetzgeber steht offensichtlich den Gründern mit eini-

gem Mißtrauen gegenüber. Auch eine wirtschaftliche Notwendigkeit zu einer derartigen Ausdehnung der Gründerbefugnisse besteht nicht, denn die Belange der zukünftigen Gesellschaft — und nur auf diese kann es bei der Gründung entscheidend ankommen — sind im Falle der engeren Auslegung, wie sie hier vertreten wird, vollkommen gewahrt.

Die Frage ist nur, wo nun die Grenze zwischen erlaubten und unerlaubten Geschäften der Gründer zu ziehen ist, denn der bloße Hinweis, daß nur die in den §§ 19, 20 erwähnten Abkommen in die Satzung aufgenommen werden müssen und dürfen, genügt nicht. Dazu ist gerade der Begriff der Sachübernahme zu dehnbar. Die Abgrenzung muß schärfer gezogen werden. Dabei richtet sich der Blick unwillkürlich auf den ähnlich gelagerten Fall bei der Gründung der G.m.b.H. Auch hier (§ 5 Abs. 4 G.m.b.H.-Ges.) haben die Gesellschafter die Möglichkeit, Sacheinlagen zu machen und Sachübernahmeverträge abzuschließen. Damit entsteht das gleiche Problem, wie weit die Befugnisse der Gründer gehen. Hier hat nun das Reichsgericht[1]) eine wirklich zweckmäßige Lösung gefunden, die zu klaren Ergebnissen führt. Nach Ansicht des Reichsgerichts berechtigen und verpflichten die von den Geschäftsführern der Gründergesellschaft abgeschlossenen Geschäfte die G.m.b.H. nicht unterschiedslos. Da sich der Zweck der Gründergesellschaft darin erschöpfe, die G.m.b.H. zur Entstehung zu bringen, begrenze dieser Zweck auch zugleich den Umfang der Befugnis der Geschäftsführer der bürgerlichen Gesellschaft, Rechtsgeschäfte für die künftige G.m.b.H. vorzunehmen. Es gingen also bei der Entstehung der Gesellschaft die Rechte und Pflichten nur aus solchen Verträgen unabweislich auf sie über, die zur Entstehung der Gesellschaft erforderlich waren.

Es bestehen m. E. keine Bedenken, diese vom Reichsgericht gegebene Abgrenzung auch auf die Befugnisse der Gründer einer Aktiengesellschaft zu übertragen. Das Ergebnis ist, daß die Gründer nur solche Vereinbarungen mit verbindlicher Wirkung für die zukünftige Aktiengesellschaft in die Satzung aufnehmen können, die dazu notwendig sind, die Gesellschaft zur Entstehung zu bringen. Andere Vereinbarungen dagegen verpflichten, auch wenn sie in dem Statut Aufnahme gefunden haben, die Gründer nur persönlich, lassen aber die Gesellschaft unberührt. Inwieweit solche Verträge nach der Entstehung der Gesellschaft für sie verbindlich gemacht werden können, ist an anderer Stelle zu erörtern.

Es ist in den vorangegangenen Ausführungen darauf hingewiesen worden, daß der Zwang zur Aufnahme der Abkommen in die Satzung den Zweck hat, die Öffentlichkeit über die neue Gesellschaft aufzuklären. Mit der Klarlegung allein ist aber noch nichts getan. Zwar

1) R.G.Z. 134/121.

weiß das Publikum nunmehr, daß das Grundkapital nur zum Teil in barem Geld einbezahlt ist, zum andern Teil aber in Sachwerten besteht, oder — bei der Sachübernahme — daß die zukünftige Aktiengesellschaft bereits vertraglich verpflichtet ist, aber damit ist noch keine Gewähr dafür geboten, daß die Sacheinlage wertmäßig den überlassenen Aktien entspricht oder die übernommenen Gegenstände eine ordnungsmäßige Gegenleistung für das zu gewährende Entgelt darstellen. Hier greift das Gesetz ein und stellt eine Reihe von Schutzvorschriften auf. Die Gründer müssen einen Gründungsbericht erstatten, aus dem die Umstände hervorgehen, von denen die Angemessenheit der Einlagen oder Übernahmen abhängt (§ 24 Abs. 2 Aktiengesetz, § 191 H.G.B.). Daneben muß im Falle einer Sachgründung unter allen Umständen eine Prüfung durch Gründungsprüfer stattfinden (§ 25 Abs. 2 Ziff. 4 Aktiengesetz, § 192 H.G.B.). Die Gründungsprüfer können, im Gegensatz zu früher, heute nur noch durch das Gericht bestellt werden (§ 25 Abs. 3 Aktiengesetz). Damit ist in größerem Maße als bisher eine objektive Prüfung der Gründungsvorgänge gewährleistet. Auch haben die Gründungsprüfer die Angemessenheit der Leistungen für eingelegte oder übernommene Gegenstände zu prüfen. Damit besteht eine erhebliche Sicherheit dafür, daß das Grundkapital, Bar- und Sacheinlagen zusammengerechnet, dem von den Gründern im Gesellschaftsvertrage angegebenen Kapital in Wahrheit auch entspricht, und daß für Sachübernahmen keine unangemessen hohen Gegenleistungen gewährt werden, sodaß die Gesellschaft kredit- und lebensfähig in das Wirtschaftsleben eintritt.

Von diesen gemeinsamen Punkten abgesehen, weichen Sacheinlage und Sachübernahme sowohl in ihrer rechtlichen Struktur, wie auch in der Behandlung durch den Gesetzgeber erheblich von einander ab. Beide liegen zwar im Gründungsstadium der werdenden Gesellschaft. Aber während die Sacheinlage einen wesentlichen Bestandteil des Gründungsvorganges ausmacht, ist die Sachübernahme für die Gründung selbst ohne Bedeutung. Dies bedarf im einzelnen einer näheren Darlegung.

a) Die rechtliche Natur der Sacheinlage.

Bei den folgenden Untersuchungen soll zunächst von dem gesetzlichen Normalfall der Bargründung ausgegangen werden. Eine Bargründung liegt dann vor, wenn die Gründer sich verpflichten, den Nennbetrag oder den höheren Ausgabebetrag der Aktien, die sie übernommen haben, in Geld einzuzahlen. Dabei erhebt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Bareinlage des Aktionärs zu den ihm gewährten Aktien steht. Das Gesetz gibt keine unmittelbare Antwort hierauf. Einen Anhaltspunkt gewährt § 22 Aktiengesetz, der die Übernahme der Aktien zur Voraussetzung für die Errichtung der Gesellschaft erklärt. Die Aktienübernahme ist also ebenso wie die Feststellung der

Satzung ein Akt, der auf die Hervorbringung einer neuen Rechtspersönlichkeit abzielt. Die Übernahme ist ein gesellschaftsrechtlicher Vorgang, der scharf zu unterscheiden ist von den äußerlich ähnlichen Vorgängen beim Kauf oder Tausch. Handelt es sich aber um einen gesellschaftsrechtlichen Akt, so stellt auch die von dem Gründer zu bewirkende Leistung — die Bareinlage — nicht eine Gegenleistung im Sinne des Kaufpreises beim Kaufvertrag dar. Vielmehr ist auch diese Zahlung ein gesellschaftsrechtlicher Vorgang, der auf die Entstehung der Gesellschaft abzielt. Dies mag auf den ersten Blick merkwürdig erscheinen, erklärt sich aber aus folgender Überlegung. Dem Gesetzgeber genügt es nicht, daß lediglich ein Programm — die Satzung — für die zukünftige Tätigkeit der Gesellschaft aufgestellt wird, sondern er läßt die Gesellschaft nur entstehen, wenn auch die nötigen materiellen Unterlagen zur Verwirklichung dieses Programms bereits bei der Entstehung vorhanden sind, wenn das Grundkapital eingezahlt ist. Damit ist aber das Verhältnis der Aktienübernahme zur Bareinlageverpflichtung klargestellt. Es besteht zwischen beiden kein synallagmatisches Verhältnis, sie stehen nicht im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, sondern beide sind auf die Hervorbringung einer neuen Rechtspersönlichkeit gerichtet, sollen ihre Voraussetzungen schaffen[2]).

Was aber für die Bareinlage gilt, muß in gleicher Weise für die Sacheinlage gelten. Daß sich der Gesetzgeber mit der Sacheinlage eingehender beschäftigt und genauere Vorschriften gibt, hat seinen Grund in der bereits erwähnten Tatsache, daß bei der Sachgründung sowohl für die Gläubiger als auch für die zukünftige Gesellschaft gegenüber der Bargründung erhöhte Gefahren bestehen, nicht aber darin, daß zwischen Bareinlage und Sacheinlage irgendwelche dogmatischen Unterschiede bestehen. Die Sacheinlage ist ebenso wie die Bareinlage ein körperschaftsrechtlicher, zur Entstehung der Gesellschaft unentbehrlicher Akt[3]). Welche Folgerungen hieraus zu ziehen sind, wird später noch darzulegen sein.

b) Die rechtliche Natur der Sachübernahme.

Während die Sacheinlage, wie dargelegt, im Zusammenhang mit der Entstehung der juristischen Person steht, notwendiger Bestandteil des Gründungsakts ist, hat die Sachübernahme für die Entstehung der Gesellschaft keine Bedeutung. Der Sachübernahmevertrag wird nur gelegentlich der Gründung abgeschlossen, ohne Voraussetzung

2) R.G.Z. Bd. 2 S. 303, Bd. 45 S. 101. And. Ans. Matsuda in Z.H.R. Bd. 96 S. 262.

3) Düringer-Hachenburg-Bing § 186 Anm. 16. Da es sich bei der vorliegenden Arbeit weitgehend um eine Rechtsvergleichung mit dem früheren Recht handelt, das in großem Umfang von jüdischen Kommentatoren bearbeitet worden ist, lassen sich gelegentliche Zitate jüdischer Schriftsteller nicht immer vermeiden.

hierfür zu sein. Die Sachübernahme ist nichts anderes als ein gewöhnliches Verkehrsgeschäft — meist Kauf oder Tausch — ohne körperschaftsrechtlichen Einschlag. Die Feststellung der Sachübernahme im Gesellschaftsvertrag hat einmal, wie bereits erwähnt, den Zweck, klarzustellen, inwieweit die zukünftige Gesellschaft bereits durch Verträge verpflichtet ist. Damit ist zugleich schon der weitere Zweck und die Wirkung der Aufnahme in das Statut angedeutet: Die Gesellschaft wird im Augenblick ihrer Entstehung Partner dieser Verträge mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten. Die Eigentümlichkeit besteht darin, daß es sich um einen Vertrag zu Lasten Dritter handelt. Abgeschlossen wird der Vertrag von den Gründern, wirksam wird er für die neuentstandene juristische Person. Hierauf muß an anderer Stelle nochmals eingegangen werden, sodaß sich hier eine weitere Erörterung erübrigt.

Während die Handlungen und Erklärungen des Sacheinlagers auf die Errichtung der Aktiengesellschaft und den Erwerb der Mitgliedschaft bei der entstandenen Gesellschaft abzielen, bleibt der Partner des Sachübernahmevertrages Dritter, der mit der entstandenen Gesellschaft nur in den Rechtsbeziehungen steht, die sich aus dem Vertragsverhältnis — Kauf oder Tausch — ergeben und der auch nur die aus diesem Vertrag sich ergebenden Ansprüche geltend machen kann. Auch wenn die zu gewährende Gegenleistung in Aktien besteht, ändert dies nichts. Es kann sich dann immer nur um Aktien handeln, die zunächst „originär" von den Gründern erworben und erst später wieder von ihnen auf die Aktiengesellschaft übertragen worden sind. Gewährt die Gesellschaft diese Aktien als Gegenleistung, so liegt ein Tauschvertrag vor. Zwar erwirbt der Dritte, wie jeder andere, der nach Entstehung der Gesellschaft Aktien kauft, damit das sich aus der Aktie ergebende Mitgliedschaftsrecht. Aber es liegt in diesem Fall kein originärer, die Errichtung der Aktiengesellschaft bewirkender Gründererwerb mit allen Pflichten und Rechten vor, sondern nur ein abgeleiteter Erwerb. Die Folge davon ist, daß der Partner des Sachübernehmevertrages im Verhältnis zur Aktiengesellschaft immer Dritter bleibt. Die Aufnahme des Vertrages in das Statut hat eben nur die Wirkung, daß die Aktiengesellschaft bereits mit ihrer Entstehung an den Vertrag gebunden ist, den die Gründer für sie geschlossen haben, bewirkt aber in keiner Form den Erwerb der Mitgliedschaft für den Dritten.

III. Die Rechtsnatur des Gründungsaktes.

Der Unterschied zwischen Sacheinlage und Sachübernahme wird noch klarer, wenn man einmal näher auf das Wesen und die rechtliche Natur der Gründung eingeht. Außerdem ergeben sich hieraus gerade für die Sacheinlage Folgerungen, die im Gesetz nicht geregelt sind.

Die tatsächlichen Vorgänge bei der Gründung erschöpfen sich in der Feststellung der Satzung und der Übernahme der Aktien durch die Gründer, die zugleich die Verpflichtung zur Leistung der Einlage enthält. Ist dies geschehen, so ist die Gesellschaft errichtet. Die Satzung stellt das künftige Lebensgesetz der Gesellschaft dar, die Übernahme der Aktien soll die materielle Grundlage schaffen, denn die Übernahme verpflichtet die Gründer, den Nennbetrag oder den höheren Ausgabebetrag der Aktien einzuzahlen. Da sie, wenigstens bei der Simultangründung, alle Aktien übernehmen müssen, um die Aktiengesellschaft zu errichten, müssen die Gründer dementsprechend das gesamte Grundkapital aufbringen.

Über die rechtliche Natur dieser Vorgänge herrscht keine Einstimmigkeit. Nach der älteren Auffassung stellt sich die Errichtung der Gesellschaft als ein gegenseitiger Vertrag unter den Gründern dar. Nach der Theorie des sozialen Konstitutivaktes von Gierke[4]) ist die Feststellung der Satzung kein Vertrag unter den Gründern, sondern ein einseitiger Akt, der auf die mit Pflichten und Rechten verbundene Mitgliedschaft bei der künftigen Aktiengesellschaft gerichtet ist, also nicht nur in einseitiges schuldrechtliches Versprechen, sondern ein Statusakt. Die Teilnahme an der Feststellung der Satzung soll eine Summe von einseitigen Erklärungen sein, die die Gründer nicht einander, sondern parellel zueinander abgeben. Daher liege keine vertragsmäßige Bindung der Gründer vor, sondern nur eine übereinstimmende Willensbetätigung in einem Gesamtakt.

a) Anfechtung der Sacheinlageerklärung.

Man ist sich in der Praxis seit langem darüber einig, daß die Gründererklärungen nicht wegen Willensmängeln angefochten werden können. Dieses Ergebnis, das zweifellos den praktischen Bedürfnissen entspricht, wird weder durch die eine, noch durch die andere Theorie hinreichend erklärt. Die Lösung der Frage ergibt sich aus folgender Überlegung. Nach der Ansicht des Reichsgerichts[5]) ist die Aktienzeichnung kein gegenseitiger oder zweiseitiger Vertrag, bei dem Einlage und Aktien im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen, sondern ein einheitlicher Akt, durch den die Gründer die Voraussetzungen für das Bestehen der Aktiengesellschaft schaffen und sich zugleich zu Mitgliedern der Gesellschaft mit den aus dem Statut und der Übernahmeerklärung sich ergebenden Rechten und Pflichten erklären. Dieser Akt richtet sich nicht nur an die Gründer oder an die Gesellschaft, sondern enhätlt zugleich auch eine Erklärung an die Öffentlichkeit[6]). Diese Erklärung an die Öffentlichkeit ist es, die die Unzu-

4) Gierke D.P.R. I S. 150 ff, S. 486.
5) R.G.Z. Bd. 2 S. 303, Bd. 45 S. 101.
6) R.G.Z. Bd. 118 S. 274.

lässigkeit der Anfechtung der Gründererklärungen rechtfertigt. Es handelt sich um nichts weiter als eine Interessenabwägung. Den Interessen des Gründers auf der einen Seite stehen die Interessen der Öffentlichkeit auf der anderen Seite gegenüber, deren Vertrauen auf die Rechtsgültigkeit und die Rechtsbeständigkeit der einmal abgegebenen und durch die Eintragung im Handelsregister allgemein bekanntgegebenen Erklärungen schutzwürdig ist. Daß bei dieser Abwägung die Einzelinteressen hinter den Interessen der Allgemeinheit zurückstehen müssen, war, wenn auch mit verschiedener Begründung, bereits früher die allgemeine Ansicht. Umsomehr muß aber dieser Grundsatz in einer Zeit Geltung haben, in der das Wort: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" zu den tragenden Ideen des Staates gehört. Diese Interessenabwägung führt dazu, daß der Gründer nach der Eintragung der Gesellschaft seine Erklärungen nicht mehr anfechten kann. Mag er sich an seine Mitgründer halten, von denen er z. B. arglistig getäuscht worden ist. Der Öffentlichkeit gegenüber ist er an seine einmal abgegebenen Erklärungen gebunden. Die gegenteilige Auffassung hätte zur Konsequenz, daß durch einen nachträglichen Akt die Struktur der Aktiengesellschaft geändert und ihre wirtschaftliche Grundlage geschmälert oder gar gänzlich schwinden würde. Dieses Ergebnis würde die vorher erwähnten gesetzgeberischen Absichten vereiteln, denn es bestände dann eine Gesellschaft, die nicht lebensfähig ist. Etwas anderes kann nur da gelten, wo eine Erklärung im Rechtssinne überhaupt nicht vorliegt, wenn also der Wille fehlte, eine Beitrittserklärung abzugeben und im Falle der Geisteskrankheit. Hier muß das Vertrauensinteresse der Allgemeinheit hinter den Schutz des Geschäftsunfähigen zurücktreten[7]).

b) Anfechtung der Sachübernahmeerklärung.

Ganz anders ist die Sachlage bei Sachübernahme. Während durch die Anfechtung der Sacheinlageerklärung im Falle erfolgreicher Durchführung die Struktur der Gesellschaft geändert würde, bestehen diese Bedenken für die Sachübernahme nicht. Der Bestand der Gesellschaft wird durch den Wegfall des Sachübernahmevertrages nicht verändert, die Höhe des Grundkapitals nicht berührt, den Gläubigern ist nach wie vor die gleiche Sicherheit geboten. Die Lage ist hier die gleiche, wie wenn die Gesellschaft selbst — nicht die Gründer — nach ihrer Entstehung einen Kaufvertrag geschlossen hätte, der nunmehr vom Vertragsgegner angefochten wird. Auf die Sachübernahme wird man daher die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Anfechtung von Willenserklärungen unbedenklich anwenden können, während dies bei der Sacheinlageerklärung als körperschaftsrechtlichem Akt, von den erwähnten Sonderfällen abgesehen, nicht zulässig erscheint.

---

7) R.G.Z. Bd. 145 S. 155.

Alle dies gilt natürlich nur für den Fall, daß die Gesellschaft bereits in das Handelsregister eingetragen ist. Solange die Eintragung noch nicht stattgefunden hat, liegt noch keine schutzwürdige Erklärung an die Öffentlichkeit vor. Diese Erklärung liegt erst in der Eintragung. Da aber die Erklärung an die Öffentlichkeit der einzige Grund ist, der die Zulässigkeit der Anfechtung der Sacheinlageerklärung verbietet, so können die Gründererklärungen, solange sie der Öffentlichkeit noch nicht zur Kenntnis gebracht sind, unbedenklich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches angefochten werden. Die Gründer können auch noch die Satzung ändern, indem sie beispielsweise an die Stelle von Bareinlagen Sacheinlagen setzen. Da es sich vor der Eintragung nur um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen den Gründern ohne eigene Rechtspersönlichkeit handelt, hat der Verkehr kein Interesse daran, in die inneren Angelegenheiten dieser bürgerlichrechtlichen Gesellschaft einzugreifen.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß das Aktiengesetz bezüglich der Fragen, die bisher hier behandelt worden sind, nichts grundsätzlich Neues bringt abgesehen von der Neuformulierung der Begriffe Sacheinlage und Sachübernahme. Trotzdem bedurfte es der Behandlung der vorstehenden Fragen schon im Interesse des besseren Verständnisses der folgenden Ausführungen.

IV. Folgen der Nichtfeststellung im Statut.

Im § 20 des Aktiengesetzes ist vorgeschrieben, daß Sacheinlagen und Sachübernahmen in der Satzung festgestellt werden müssen. Der Zweck dieser Vorschrift ist bereits dargetan worden. Einmal stellt die Festsetzung eine Schutz- und Fürsorgemaßnahme für die zukünftige Gesellschaft und deren Gläubiger dar. Zum anderen ist sie bei der Sacheinlage wesentlicher Teil des Gründungsvorganges, bei der Sachübernahme Voraussetzung für eine vertragliche Bindung der Gesellschaft im Augenblicke ihrer Entstehung. Die erste Frage, die sich erhebt, ist, welche Folgen sich ergeben, wenn Sacheinlage und Sachübernahme nicht im Statut festgestellt worden sind.

a) Die nichtfestgestellte Sacheinlage.

Es ist von dem Fall auszugehen, daß die Gründer eine Sacheinlage verabredet, das Sacheinlageabkommen aber nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen haben. Nach § 20 Abs. 2 Aktiengesetz ist dieses Abkommen der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Da die Sacheinlage ebenso wie jede Bareinlage zur Aufbringung des geplanten Grundkapitals dient, hat die Unwirksamkeit des Sacheinlageabkommens zur Folge, daß zunächst ein Teil des Grundkapitals fehlt. Da aber das Grundkapital in der von den Gründern angegebenen Höhe eine wesent-

liche Voraussetzung für die Eintragung ist, muß es auf andere Weise ergänzt werden. Ohne eine derartige Ergänzung würde das Statut nicht den gesetzlichen Erfordernissen entsprechen, weil die wahre Höhe des Grundkapitals mit der von den Gründern angegebenen Höhe nicht übereinstimmt. Der Registerrichter müßte in diesem Fall die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ablehnen, weil nicht alle gesetzlichen Erfordernisse erfüllt sind.

1. Der bisherige Rechtszustand.

Der Kommentar von Staub-Pinner hatte bisher als einziger die Ansicht vertreten, daß die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des Sacheinlageabkommens die Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrages zur Folge habe. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Gesellschaft sei auf gesetzwidriger Grundlage aufgebaut. Infolge der Nichtaufnahme des Sacheinlageabkommens in das Statut sei sie zwar als Bargesellschaft gegründet, man dürfe aber nicht annehmen, daß dies dem Willen der Parteien entspreche, denn diese wollten eine Sachgründung und versteckten sich nur hinter der Maske der Bargründung. In Wirklichkeit sei das Grundkapital materiell falsch angegeben.

Im übrigen stand man übereinstimmend auf dem Standpunkt, daß die Folgen der Nichtfeststellung der Sacheinlage im Gesellschaftsvertrage sich auf das Sacheinlageabkommen selbst beschränken, ohne daß der Gesellschaftsvertrag im übrigen davon berührt werde. Nur die Sacheinlageverpflichtung falle weg. Die Folge dieser Auffassung war, daß das Grundkapital durch den Wegfall der Sacheinlageverpflichtung um den Wert der Sacheinlage vermindert wurde. Um dieses unerwünschte und mit dem Gesetz in Widerspruch stehende Ergebnis zu vermeiden, nahm die bisher herrschende Meinung an, daß für den Gründer, dessen Sacheinlageverpflichtung weggefallen war, anstelle der unwirksamen Verpflichtung eine Geldeinlagepflicht in Höhe des Nennbetrages der von ihm übernommenen Aktien entstand. Es ist Staub-Pinner zuzugeben, daß dieses Ergebnis mit dem Willen insbesondere des Sacheinlegers in den meisten Fällen in Widerspruch stehen wird. Trotzdem ist die Auffassung der herrschenden Meinung zu billigen. Staub-Pinner übersehen nämlich, daß es nicht so sehr auf den Willen des betreffenden Gründers und seiner Mitgründer ankommt, als darauf, was die Beteiligten der Öffentlichkeit gegenüber erklärt haben oder doch, wie ihre Erklärung der Öffentlichkeit gegenüber erscheint. Da in der Erklärung an die Öffentlichkeit von einer Sacheinlage nicht die Rede ist, sondern nur davon, daß die Gründer sämtliche Aktien übernommen und mindestens 25% des Grundkapitals eingezahlt haben — letztere Erklärung muß vorliegen, wenn die Gründer die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister erreichen wollen (§ 195 Abs. 3 H. G. B.) — so wird der Öffentlichkeit

gegenüber der Anschein erweckt, als handele es sich um eine reine Bargründung. Auf die Richtigkeit dieser Erklärung muß sich die Öffentlichkeit aber verlassen können, selbst wenn dadurch dem Gründer, der eine Sacheinlage und nicht eine Bareinlage machen wollte, ein Schaden entsteht. Auch hier hat wieder eine Interessenabwägung Platz zu greifen und auch hier müssen, ebenso wie bei der Frage der Zulässigkeit der Anfechtung der Gründererklärungen bei den früher behandelten Fragen, die Einzelinteressen hinter dem Interesse der Gesamtheit zurückstehen. Hier geht dies insofern weiter, als eine Erklärung — die Zusage der Bareinlage — fingiert wird, die der Gründer überhaupt nicht abgegeben hat, während im Falle der Anfechtung nur eine Erklärung aufrechterhalten wird, die der Gründer zwar abgegeben hat, aber nicht in dieser Form abgeben wollte. Es ist zuzugeben, daß diese Fiktion einer Bareinlagezusage einen erheblichen Eingriff in die Individualrechte darstellt, der sich aber aus dem Interesse an dem Schutz der Gesamtheit rechtfertigt. Mit solchen Gefahren muß eben derjenige, der sich an der Gründung einer Aktiengesellschaft beteiligt, rechnen und muß seinerseits versuchen, rechtzeitig d. h. vor der Eintragung der Gesellschaft den ordnungsgemäßen Zustand herstellen zu lassen, indem seine Sacheinlageerklärung in das Statut aufgenommen wird.

2. Änderungen durch das Aktiengesetz.

Der Gesetzgeber ist in beiden erörterten Fragen der bisher herrschenden Meinung gefolgt und hat sich in § 20 Abs. 2 Aktiengesetz dahin entschieden, daß die Gültigkeit der Satzung durch die Unwirksamkeit des Sacheinlageabkommens nicht berührt wird. Als Korrelat dazu ist nunmehr die subsidiäre Barzahlungspflicht des Gründers Gesetz geworden: „Bei unwirksamer Vereinbarung einer Sacheinlage bleibt der Aktionär verpflichtet, den Nennbetrag oder den höheren Ausgabebetrag der Aktien einzuzahlen". Damit sind die Zweifel, die bisher in dieser Richtung bestanden haben, beseitigt mit dem Ergebnis, daß im Falle einer beabsichtigten Sachgründung der Sacheinleger zur Barzahlung verpflichtet ist, wenn das Sacheinlageabkommen nicht in das Statut aufgenommen worden ist.

Hat der Gründer in einem solchen Fall den Gegenstand der unwirksamen Sacheinlage bereits geleistet, so steht ihm ein Rückforderungsanspruch gegen die Gesellschaft zu, die den Gegenstand ohne Rechtsgrund erlangt hat.

b) Unvollständige Feststellung der Sacheinlageerklärung.

Es erhebt sich die weitere Frage, wie die Fälle zu behandeln sind, in denen zwar aus der Satzung hervorgeht, daß eine Sacheinlage ge-

macht werden soll, die Sacheinlage aber nicht in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form festgestellt ist, sei es, daß der Gegenstand oder die Person oder auch der Nennbetrag der zu gewährenden Aktien nicht oder nicht genügend bezeichnet worden ist. Es wurde für das bisherige Recht des Handelsgesetzbuchs von manchen Schriftstellern[8]) die Meinung vertreten, daß in diesem Fall eine wirksame Übernahme von Aktien überhaupt nicht vorliege. Eine nähere Begründung für die unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle wird nicht gegeben. Rein äußerlich betrachtet besteht der Unterschied darin, daß im letzteren Fall der Öffentlichkeit, wenn auch in mangelhafter und unvollständiger Form, ersichtlich wird, daß eine Sachgründung beabsichtigt ist. Den vorher angewandten Gedanken einer Interessenabwägung wird man auf diesen Fall nicht anwenden können. Es könnte zweifelhaft sein, ob derart unvollständige Festsetzungen überhaupt unter § 20 Abs. 2 Aktiengesetz fallen, da ja eine Festsetzung, wenn auch in mangelhafter Form, vorliegt. Aus dem Gesetz läßt sich unmittelbar nichts entnehmen, wie der Fall zu behandeln ist. Die Zweifel werden aber behoben durch die amtliche Begründung des Gesetzes, die die nicht vollständige Erwähnung der Nichterwähnung der Sacheinlage gleichstellt und für beide Fälle Unwirksamkeit des Abkommens annimmt[9]). Zu dem gleichen Ergebnis kommt man, auch ohne die amtliche Stellungnahme, auf dem Wege über § 31 Abs. 2 Aktiengesetz. Vor der Anmeldung zur Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister hat eine Prüfung des Gründungsherganges durch Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats und durch die Gründungsprüfer stattzufinden, die sich namentlich darauf zu erstrecken hat, ob die Angaben der Gründer über die Übernahme der Aktien, über die Einlagen auf das Grundkapital und über die in den §§ 19, 20 Aktiengesetz vorgesehenen Festsetzungen richtig und vollständig sind. Diese Prüfung wird also bereits ergeben, daß die Festsetzung der Sacheinlage nicht der vom Gesetz vorgeschriebenen Form entspricht. Dies wird zumindesten in dem Bericht der Gründungsprüfer, die ja als vom Gericht bestellte Personen den Gründungsvorgängen verhältnismäßig unparteiisch gegenüberstehen, zum Ausdruck kommen. Erklären die Gründungsprüfer dies in ihrem Bericht, so hat der Registerrichter nunmehr die Möglichkeit, die Eintragung der Gesellschaft nach § 31 Abs. 2 Aktiengesetz abzulehnen, wobei er den Beteiligten Gelegenheit geben soll, den Beanstandungen abzuhelfen, hier also, das Sacheinlageabkommen entsprechend zu vervollständigen. Dies zeigt zugleich, daß die Unwirksamkeit zunächst nicht unheilbar ist, sondern daß durch Nachholung der versäumten Handlung das Einlageabkommen noch voll wirksam werden kann. Erst wenn die Ablehnung endgültig und die

8) Düringer-Hachenburg-Bing § 186 Anm. 18.
9) Beck'sche Ausgabe S. 262 II. Absatz.

Gesellschaft als Bargesellschaft eingetragen ist, kann keine Heilung mehr eintreten. Auch hier zeigt sich wieder eine Parallele zur Anfechtung der Gründererklärungen, die ebenfalls nur bis zur Eintragung erfolgen kann, nachher aber ausgeschlossen ist. Damit gewinnt der Akt der Eintragung, von seiner die neue Rechtspersönlichkeit erzeugenden Kraft ganz abgesehen, eine erhebliche Bedeutung.

Im übrigen ist der Registerrichter nicht etwa auf den Hinweis durch Vorstand, Aufsichtsrat oder Gründungsprüfer angewiesen, sondern er kann und muß von sich aus nachprüfen, ob die Angaben über die Sacheinlage vollständig sind, ob sie den gesetzlichen Vorschriften entsprechen und ob sie angemessen sind, denn das Gesetz bestimmt in § 31 Ab. 2: „oder wenn es offensichtlich ist". Der Registerrichter wird also in Zukunft sein Augenmerk stets darauf richten müssen, ob die Gründer die vom Gesetz geforderten Angaben über die Sacheinlage gemacht haben. Ebenso erscheint es angängig, daß der Registerrichter bei Zweifeln in dieser Richtung die Eintragung zunächst zurückstellt mit der Maßgabe, daß sich der Vorstand, der Aufsichtsrat oder auch die Gründungsprüfer über diesen Punkt nochmals äußern. Jedenfalls wird eine aufmerksame Handhabung durch die Registergerichte dazu führen, daß Sachgründungen mit ungenauen oder unvollständigen Angaben über die Sacheinlage nicht mehr zur Eintragung gelangen. Damit würde aber eine erhebliche Unsicherheit im Verkehr vermieden.

Aus den vorstehenden Ausführungen erhellt, daß die nicht vollständig festgestellte Sacheinlage unwirksam ist, denn wäre sie wirksam, so dürfte der Registerrichter die Eintragung nicht ablehnen. So zeigt das Gesetz, wenn auch indirekt, seine Stellungnahme zu der unvollständig festgesetzten Sacheinlage.

c) Behandlung der Nebenabreden bei der Sacheinlage.

Die Rechte des Sacheinlegers sind, wie bereits ausgeführt worden ist, dahin begrenzt, daß er nach Eintragung der Gesellschaft Rechte, die den Bestand der Gesellschaft angreifen und verändern, nicht mehr geltend machen kann. Er muß das, was der Öffentlichkeit gegenüber erklärt ist, gegen sich gelten lassen. Dieser Grundsatz muß auch Anwendung finden, soweit es sich um Nebenabreden handelt. Auch sie können von dem Gläubiger nur insoweit geltend gemacht werden, als sie aus dem Gesellschaftsvertrage hervorgehen. Alle anderen Abreden binden die Aktiengesellschaft nicht, mögen sie auch noch so bestimmt zwischen den Gründern vereinbart worden sein. Weitere Folgen hat die Nichterwähnung von Nebenabreden nicht. Insbesondere bleibt das Sacheinlageabkommen als solches vollwirksam bestehen und wird durch die Nichterwähnung der Nebenabreden im Statut nicht berührt. Der Grund für diese Behandlung der Nebenabreden ist, abgesehen von dem

zuvor genannten Prinzip des Vertrauensschutzes der Öffentlichkeit, darin zu suchen, daß für die neuentstandene Rechtspersönlichkeit, die Aktiengesellschaft, nicht alles das verbindlich ist, was ihre Gründer irgendwann einmal verabredet haben, sondern nur die Vereinbarungen, die sie bei ihrer Entstehung als Lebensgesetz in Form des Gesellschaftsvertrags mit auf den Lebensweg bekommen hat.

d) Wert der Sacheinlage.

Die gleichen Grundsätze müssen auch für den Wert der Sacheinlage gelten. Ist in der Satzung nichts darüber enthalten, so greift die unwiderlegbare Vermutung Platz, daß der Wert der Sacheinlage dem Nennbetrag der von dem Gründer übernommenen Aktien entspricht. Ist der Gründer der Meinung, seine Sacheinlage habe einen höheren Wert, so muß er dafür Sorge tragen, daß dies in bestimmter Form in der Satzung zum Ausdruck gebracht wird. Andernfalls kann er keinerlei Rückforderungs- oder Ausgleichsansprüche geltend machen. Auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung müssen versagen, denn der Rechtsgrund liegt in der in der Satzung aufgenommenen Erklärung, die ja keinerlei Einschränkung hinsichtlich des Wertes der Sacheinlage aufweist. Daß eine Anfechtung unmöglich ist, ergibt sich schon aus den früheren Ausführungen.

e) Die nichtfestgestellte Sachübernahme.

Die Folgen der Nichterwähnung der Sachübernahmeabkommen im Statut sind ganz verschieden von denen, die sich aus der Nichtfestsetzung eines Sacheinlageabkommens ergeben. Der Unterschied liegt darin begründet, daß die Sachübernahme kein gesellschaftsrechtlicher, zur Errichtung der Gesellschaft notwendiger Akt ist. Sie wird nicht zum Zwecke der Errichtung, sondern nur gelegentlich der Errichtung abgeschlossen. Zwar ist auch das Sachübernahmeabkommen im Falle der Nichtfeststellung im Statut der Gesellschaft gegenüber unwirksam, aber alle die Folgen, die sich an die Unwirksamkeit der Sacheinlage knüpfen, können hier nicht eintreten. Selbst wenn das Gesetz nicht ausdrücklich in § 20 bestimmte, daß die Gültigkeit der Satzung von der Unwirksamkeit des Sachübernahmeabkommens nicht berührt wird, so könnte die Unwirksamkeit doch niemals die Nichtigkeit der ganzen Satzung nach sich ziehen, weil die Sachübernahme nur zufälliger, nicht notwendiger Bestandteil der Satzung ist. Der einzige Zweck der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag ist der der Klarlegung gegenüber der Öffentlichkeit. Daß die Aktiengesellschaft durch einen ordnungsmäßig festgestellten Sachübernahmevertrag im Augenblicke ihrer Entstehung verpflichtet wird, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Man hätte statt der Aufnahme in das Statut ebensogut eine andere Form wählen können, etwa dergestalt, daß der

Vertrag in notarieller Form als Anlage zu der Satzung bei der Anmeldung miteinzureichen gewesen wäre. Nur um etwaige Verschleierungen zu verhüten, also aus rein praktischen Erwägungen heraus, hat man die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag vorgeschrieben. Die Folge der Nichtfestsetzung im Statut kann demgemäß immer nur die sein, daß der Sachübernahmevertrag als solcher der entstandenen Aktiengesellschaft gegenüber unwirksam ist, d. h. daß sie ohne diesen Vertrag, unbelastet, ins Leben tritt.

f) Unvollständige Feststellung der Sachübernahmeerklärung.

Die Form der Feststellung im Statut ist die gleiche wie bei der Sacheinlageerklärung. Es müssen also vermerkt werden Gegenstand, Person und Vergütung. Bei Fehlen einer dieser Voraussetzungen wird man die gleichen Grundsätze anwenden dürfen, die zuvor für die Sacheinlage entwickelt worden sind, also das Recht des Registerrichters, die mangelhafte Form zu beanstanden und ev. bei Nichtbehebung der Mängel die Eintragung abzulehnen. Im letzteren Fall ist das Sachübernahmeabkommen unheilbar unwirksam. Hierauf wird im Zusammenhang mit der Nachgründung noch näher einzugehen sein. Den Ausdruck „nichtig" wird man in diesem Zusammenhang besser vermeiden, obwohl es sich um eine unheilbare Unwirksamkeit handelt, denn er deutet immer darauf hin, daß die Unwirksamkeit für und gegen alle wirkt. Dies ist aber, wie aus § 34 Abs. 1 Aktiengesetz hervorgeht, bei den unwirksamen Abkommen nicht der Fall, denn hier bleiben die persönlich Handelnden verhaftet.

g) Nebenabreden bei der Sachübernahme.

Die Frage, inwieweit Nebenabreden gültig sind und von dem Dritten geltend gemacht werden könen, ist bei der Sachübernahme ebenfalls anders zu behandeln als bei der Sacheinlage, denn hier wird ja das Wesen der Gesellschaft durch die Zulassung der Geltendmachung solcher Nebenabreden nicht berührt. Man wird es daher für zulässig erachten müssen, daß der Dritte Nebenabreden, die sich aus dem bei der Anmeldung mitzuüberreichenden Vertrag (§ 29 Abs. 2 Z. 2 Aktiengesetz) ergeben, ohne daß sie Aufnahme im Statut gefunden haben, weil sie nicht zu den gesetzlichen Voraussetzungen gehören, der Aktiengesellschaft gegenüber geltend macht. Die Sachübernahme ist eben nichts anderes als ein ganz gewöhnliches Verkehrsgeschäft des bürgerlichen Rechts, einzig mit der Eigentümlichkeit, daß es durch die Aufnahme in die Satzung bereits mit der Entstehung der Gesellschaft diese verpflichtet, ohne daß sie selbst das Geschäft abgeschlossen hat. Dementsprechend finden auch auf dieses Geschäft die Grundsätze

des bürgerlichen Rechts in vollem Umfang Anwendung. Lediglich für die Form gelten die besonderen Vorschriften des Aktiengesetzes.

V. Hat die Unwirksamkeit dingliche Wirkung?

Es bestand bisher Streit darüber, ob die Unwirksamkeit der Sacheinlage- und Sachübernahmeabkommen auch dingliche Wirkung hatte oder ob sich die Wirkung auf die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien beschränkte.

a) Die Meinungen zum bisherigen Recht.

Das Reichsgericht[10]) und ihm folgend Düringer-Hachenburg-Bing[11]) vertraten in der Frage den Standpunkt, daß sowohl der schuldrechtliche Vertrag wie die dingliche Einigung von der Unwirksamkeit erfaßt würden, mit der Begründung, daß der durch die Vorschrift des § 186 Abs. 4 H.G.B. bezweckte Schutz nur unvollkommen erreicht und die Gesetzesumgehung bedenklich erleichtert werde, wenn das ungesetzliche Geschäft in irgendeiner Hinsicht, sei es auch nur für den dinglichen Erfüllungsvorgang, gegenüber der Aktiengesellschaft als wirksam behandelt werde.

Geiler[12]), Hagelberg[13]) und Rospatt[14]) waren dagegen der Ansicht, die Unwirksamkeit beschränke sich auf den schuldrechtlichen Vertrag. Hagelberg betont, daß eine Unwirksamkeit nur der Gesellschaft gegenüber eintreten solle, was mit dem Charakter der Auflassung und des Eigentums nicht vereinbar sei. Auch erfordere der Schutzzweck des § 186 Abs. 4 H.G.B. diese Erstreckung auf das dingliche Geschäft nicht, weil die Gesellschaft durch die Auflassung nicht belastet werde. Rospatt weist darauf hin, daß die Auflassung als abstraktes Rechtsgeschäft sich vollständig unabhängig von dem Kausalgeschäft vollziehe, die dingliche Einigung aber trotz Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts sehr wohl vorhanden sein könne.

Es ist der zuletzt erwähnten Meinung zuzugeben — und auch vom Reichsgericht wird dies nicht bestritten —, daß sie dem Wortlaut des Gesetzes besser entspricht als die reichsgerichtliche Lösung. Andererseits läßt sich nicht leugnen, daß auf diese Weise Umgehungsversuche erleichtert werden.

b) Stellungnahme des Aktiengesetzes.

Das Aktiengesetz hat sich in Anerkennung der vom Reichsgericht angedeuteten Gefahren dahin entschieden, daß die Unwirksamkeit der

10) R.G.Z. Bd. 130 S. 252.
11) § 186 Anm. 67.
12) J.W. 1929 S. 2925 ff.
13) J.W. 1930 S. 308.
14) Bankarchiv 1930 S. 346 ff.

Sacheinlage- und Sachübernahmeabkommen sich auch auf das dingliche Erfüllungsgeschäft erstreckt, indem es in § 20 Abs. 2 bestimmt, daß auch die Rechtshandlungen zur Ausführung dieser Abkommen unwirksam sind.

VI. Der Gegenstand der Sacheinlage.

Gegenstand einer Sacheinlage kann jeder Wertgegenstand sein, der als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden kann[15]). Tauglich als Sacheinlage sind also alle selbständigen körperlichen Sachen, Sachgesamtheiten, Rechte, soweit sie übertragbar sind und ebenso alle immateriellen Rechte, sobald sie einen selbständigen Vermögenswert haben.

Von einigen Schriftstellern wird die Meinung vertreten, eine Sacheinlage könne auch durch Verzicht auf eine Forderung oder durch Aufrechnung erfolgen. Da die Verminderung des Gesellschaftsvermögens um eine Passivum der Erhöhung um ein Aktivum gleichstehe, müsse die Bestimmung des § 186 Abs. 2 H.G.B. auch auf den Verzicht und die Aufrechnung Anwendung finden. Verzicht und Aufrechnung müßten die Befreiung der Gesellschaft von ihrer Verbindlichkeit zur Folge haben. Eine Verrechnung sei aber nur mit solchen Forderungen möglich, für die die Gesellschaft einen Vermögensgegenstand erhalten habe, der den Anforderungen der Sacheinlage entspreche[16]).

In dieser allgemeinen Fassung wird man die erwähnte Ansicht nicht billigen können. Bedenken ergeben sich einmal aus einem Vergleich zwischen der Fassung des § 186 Abs. 2 und der Fassung des § 279 H.G.B. Nur im § 279 wird die Möglichkeit erwähnt, daß im Falle der Kapitalerhöhung eine Vergütung für Vermögensgegenstände auf die Einlage angerechnet wird, die von der Gesellschaft übernommen werden. Da diese Möglichkeit der Anrechnung vom Gesetz bei der Gründung der Gesellschaft nicht erwähnt wird, könnte man den Schluß ziehen, daß bei der Gründung eine derartige Anrechnung nicht stattfinden darf. Weitere Bedenken scheinen sich aus § 221 H.G.B. zu ergeben, der die Aufrechnung verbietet. Zwar verbietet das Gesetz nur die einseitige Aufrechnung seitens des Aktionärs, aber grundsätzlich wird man auch die vertragsmäßige Aufrechnung für ausgeschlossen erachten müssen, um nicht Raum für Gesetzesausgehungen zu schaffen.

Zur Lösung der Frage muß man von folgendem Fall ausgehen: Die Gründer schließen mit einem Dritten einen Sachübernahmevertrag, der ordnungsmäßig im Statut festgestellt wird. Derselbe Dritte übernimmt aber zugleich Aktien und beteiligt sich als Gründer an der

---

15) Motive zum Aktiengesetz von 1884 I 151; K.G.J. 45 A, 176.

16) Düringer-Hachenburg-Bing § 186 Anm. 35, ähnlich Staub § 221 Anm. 4, Makower a. a. O. S. 480, Goldmann a. a. O. S. 810, K.G. in J.W. 1935 S. 2899.

Feststellung der Satzung. Dadurch wird er verpflichtet, sich an der Aufbringung des Grundkapitals zu beteiligen. Dies geschieht dadurch, daß er sich verpflichtet, eine Forderung einzubringen, und zwar gerade die Forderung, die ihm aus dem Sachübernahmeabkommen gegen die Gesellschaft zustehen wird. Dies ist, da er sich nicht zur Barzahlung, sondern zur Einbringung einer Forderung verpflichtet, ein Sacheinlageabkommen, denn jede Einlage, die nicht in Barzahlung besteht, ist Sacheinlage. Soll diese Sacheinlage wirksam sein, so muß sie in der Satzung gehörig festgestellt sein. Es muß vermerkt werden, daß die aus der Sachübernahme entstehende Forderung gegen die Gesellschaft als Sacheinlage eingebracht werden soll. Da es sich um eine Forderung gegen die Gesellschaft selbst handelt, ist der Zweck des ganzen Vorganges, daß die Gesellschaft von dieser Schuld befreit wird. Dies kann sowohl durch Abtretung der Forderung an die Gesellschaft geschehen, denn in diesem Falle erlischt sie, wie auch durch Verzicht oder Erlaß. Unrichtig ist es dagegen, den Begriff der Aufrechnung hereinzubringen. Dies beruht auf einer Verkennung der Vorgänge. Die Forderung aus dem Sachübernahmeabkommen und die als Sacheinlage einzubringende Forderung sind ja nicht zwei verschiedene Forderungen, die gegeneinander aufgerechnet werden könnten, sondern ein und dieselbe Forderung. Die Forderung aus dem Sachübernahmeabkommen soll ja gerade eingebracht werden. Eine Aufrechnung ist also begrifflich unmöglich. Daher steht auch § 221 H.G.B. diesem Vorgehen nicht im Wege.

Eine Aufrechnung wäre nur denkbar, wenn der Gründer sich verpflichtet hat, eine Forderung gegen einen Dritten als Sacheinlage einzubringen, zugleich aus einem ordnungsmäßig festgestellten Sachübernahmeabkommen eine geprüfte Forderung in gleicher Höhe gegen die Gesellschaft hat und nunmehr statt der Forderung gegen den Dritten die Forderung gegen die Gesellschaft als Einlage einbringen will. In diesem Fall bestehen keine Bedenken, eine vertragsmäßige Aufrechnung der aus dem Sachübernahmeabkommen entstandenen Forderung mit der Sacheinlageforderung der Gesellschaft zuzulassen, aber auch nur deshalb nicht, weil die Forderung gegen die Gesellschaft ordnungsmäßig festgestellt und geprüft ist. In allen anderen Fällen ist auch die vertragsmäßige Aufrechnung ausgeschlossen. Die erwähnte Ansicht bedarf also insoweit einer Einschränkung oder zumindesten Klarstellung.

Ist zwar die Einbringung der Forderung als Sacheinlage vereinbart, aber nicht im Statut festgestellt worden, so ist der Übernehmer der Aktien nach den früher entwickelten Grundsätzen zur Bareinlage verpflichtet. Das Sacheinlageabkommen ist unwirksam. Hier kann eine Anrechnung der Forderung aus dem Sachübernahmeabkommen nicht mehr stattfinden, denn sie würde eine Aufrechnung der Forderung gegen die Barzahlungsverpflichtung bedeuten. Damit

würde aber praktisch aus der Bargründung nachträglich eine Sachgründung, und das ist unzulässig.

Die vorerwähnte Ansicht muß aber noch eine weitere Einschränkung erfahren. Gegenstand der Sacheinlage kann auch eine gegen die Gesellschaft selbst gerichtete Forderung sein. Aber diese Forderung muß genügend bestimmt und ihre zukünftige Entstehung sicher sein. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn das Sachübernahmeabkommen ordnungsmäßig unter Feststellung in der Satzung abgeschlossen worden ist. Nur dann gelangt die Forderung im Augenblick der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zur Entstehung, unabhängig von dem Willen der Gesellschaft, so wie sie in der Satzung festgestellt ist. Haben dagegen die Gründer zwar ein Sachübernahmeabkommen abgeschlossen, es aber nicht in die Satzung aufgenommen, sondern seine Vollziehung im Wege der Nachgründung beabsichtigt, so kann die aus diesem Abkommen entspringende Forderung nicht zum Gegenstande einer Sacheinlage gemacht werden. Da das Abkommen der Gesellschaft gegenüber unwirksam ist, besteht die Forderung des Dritten nur gegen die persönlich handelnden und haftenden Gründer. Die Entstehung der Forderung ist also gänzlich ungewiß. Damit ist die Aufbringung des Grundkapitals gefährdet. Dieser Gesichtspunkt kann wiederum für die Gesellschaft Anlaß sein, den Vertrag erneut abzuschließen, um wenigstens etwas zu retten. Eine derartige Zwangslage für die Gesellschaft muß aber auf alle Fälle vermieden werden. Daher können Forderungen gegen die Gesellschaft selbst nur insoweit Gegenstand einer Sacheinlage sein, als sie aus ordnungsmäßig festgestellten Sachübernahmeabkommen herrühren.

Damit ist zugleich auch dargetan, daß der an sich aus der unterschiedlichen Fassung von § 279 und § 186 Abs. 2 H.G.B. mögliche Schluß, daß bei der Gründung eine Anrechnung ausgeschlossen sei, nicht richtig ist. Vielmehr erwähnt der Gesetzgeber in § 279 nur etwas, was auch ohne besondere Erwähnung in § 186 Abs. 2 enthalten ist. Aus § 279 bestätigt sich aber zugleich die Richtigkeit der obigen Ausführungen, denn die Anrechnung soll nur möglich sein, wenn die Sachübernahme ordnungsmäßig in dem Kapitalerhöhungsbeschluß, der hier der Satzung entspricht, festgesetzt ist.

Für das Aktiengesetz haben die gleichen Grundsätze zu gelten. Auch hier kann eine Forderung aus einem ordnungsmäßig in der Satzung festgestellten Sachübernahmeabkommen zum Gegenstand einer Sacheinlage gemacht werden[17]). Dafür spricht die Neufassung des § 150 Aktiengesetz, der nicht mehr von der Möglichkeit einer Anrechnung spricht, wie der ihm im früheren Recht entsprechende § 279. Die Vorschrift des § 60 Aktiengesetz steht dieser Auslegung ebensowenig entgegen, wie früher § 221 H.G.B., weil es sich nicht um einen Fall

17) Vgl. Amtliche Begründung, Beck'sche Ausgabe S. 163/164.

der Aufrechnung handelt. Dagegen können andere Forderungen gegen die Gesellschaft auch heute nicht zum Gegenstand einer Sacheinlage gemacht werden, weil dadurch die Aufbringung des Grundkapitals in Frage gestellt würde. Diese Möglichkeit soll unter allen Umständen vermieden werden, wie man aus der Einführung der hilfsweisen Barzahlungspflicht und aus der Unzulässigkeit der Anfechtung der Gründererklärungen unschwer erkennen kann.

VII. Der Gegenstand der Sachübernahme.

Gegenstand der Sachübernahme kann das gleiche sein, was sich als Sacheinlage eignet. Darüber hinaus auch noch erst herzustellende Anlagen. Insoweit hat sich nach dem Aktiengesetz nichts geändert.

VIII. Die Mängelhaftung bei der Sacheinlage.

Eine leider auch vom Aktiengesetz nicht geklärte Frage ist, inwieweit der Sacheinleger für Mängel der von ihm eingebrachten Sache haftet. Man kann daher nur wünschen, daß durch eine einheitliche Rechtsprechung das Versäumte nachgeholt und eine klare Stellungnahme in der Frage gefunden wird.

a) Die Wandelung der Sacheinlage.

Für das bisherige Recht wurden hinsichtlich der am meisten interessierenden Frage, ob Wandelung und Minderung zulässig sind, drei verschiedene Ansichten vertreten.

Lehmann-Ring[18]) und Crisolli[19]) lehnen die Möglichkeit einer Wandelung oder Minderung überhaupt ab.

Staub-Pinner[20]) und Brodmann[21]) wollen offenbar nur die Minderung, nicht aber die Wandelung zulassen. Im Ergebnis stimmen auch Düringer-Hachenburg-Bing[22]) und das Reichsgericht[23]) hiermit überein.

Für die unbegrenzte Zulässigkeit von Wandelung und Minderung haben sich Goldschmidt[24]), Könige-Teichmann-Köhler[25]) und Mann[26]) ausgesprochen.

Bei der Prüfung der Frage ist einmal zu berücksichtigen, daß es sich bei dem Sacheinlageabkommen nicht um einen Kaufvertrag han-

18) a. a. O. § 186 Anm. 3a.
19) Z.H.R. Bd. 93 S. 243.
20) a. a. O. § 186 Anm. 19.
21) a. a. O. § 186 Anm. 4e.
22) a. a. O. § 186 Anm. 41.
23) R.G.Z. Bd. 68 S. 274.
24) a. a. O. § 186 Anm. 11.
25) a. a. O. § 186 Anm. 4c.
26) a. a. O. S. 60 ff.

delt, sondern um einen körperschaftsrechtlichen Vorgang eigener Art. Weiterhin ist zu bedenken, daß § 52 Akt.G. die Rückgewähr der Einlagen an die Aktionäre verbietet. Gerade der letzte Gesichtspunkt läßt eine Wandelung als ausgeschlossen erscheinen. Auf der anderen Seite wird dieses Ergebnis für die Gesellschaft meist sehr unerwünschte Folgen haben. Sie muß den Gegenstand der Sacheinlage behalten, mag er auch minderwertig oder völlig unbrauchbar sein. Gleichzeitig bedeutet das auch eine Benachteiligung für die Gläubiger der Gesellschaft, denn das Grundkapital hat in Wahrheit einen geringeren als den angegebenen Wert. Macht nun der Gegenstand der Sacheinlage einen großen Teil des Grundkapitals aus, so ist praktisch für die Gläubiger keine Sicherheit mehr vorhanden. Daß dieses Ergebnis für alle Beteiligten, mit Ausnahme des Sacheinlegers, unerfreulich ist, steht außer Zweifel. Es bedeutet gleichzeitig auch eine erhebliche Gefahr für den Verkehr. Man hat denn auch versucht, einen Ausweg aus diesen Schwierigkeiten zu finden und vorgeschlagen, die Wandelung im Wege der Kapitalherabsetzung durchzuführen. Dieser Weg wäre zwar auch heute noch gangbar, stößt aber auf erhebliche Schwierigkeiten. Gerade wenn die Sacheinlage einen großen Teil oder das gesamte Grundkapital ausmacht, also in den wichtigsten Fällen, kann die Kapitalherabsetzung daran scheitern, daß das Mindestgrundkapital des § 7 Aktiengesetz unterschritten wird. Dies ist aber nach § 181 Aktiengesetz nur möglich, wenn mit der Kapitalherabsetzung gleichzeitig eine Kapitalerhöhung verbunden ist. Bei dieser Kapitalerhöhung dürfen aber Sacheinlagen nicht bedungen werden. Sie wäre also überhaupt nur durchführbar, wenn sich der Aktionär, der an sich nur zur Sacheinlage verpflichtet ist, nunmehr bereit erklärte, anstelle der mangelhaften Sacheinlage eine Geldeinlage zu machen. Aber selbst wenn das Mindestgrundkapital durch die Kapitalherabsetzung nicht unterschritten würde, so ergäben sich doch häufig genug für die Gesellschaft verheerende Folgen, denn sie müßte in diesem Fall den Gläubigern, deren Forderungen vor Bekanntmachung des Herabsetzungsbeschlusses begründet worden sind, Sicherheit leisten oder sie gar befriedigen. Dieser Weg erscheint also wenig ratsam.

M a n n, der für das bisherige Recht die Zulässigkeit der Wandelung und Minderung bejaht hat, begründet seine Ansicht damit, daß in allen Fällen, in denen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Verpflichtung zur Sachleistung wegfallen würde, die B e i t r i t t s e r k l ä r u n g aufrechterhalten wird mit der Pflicht zur Barzahlung.

Ähnlich wird die Frage für das Aktiengesetz zu lösen sein. Es ist bereits dargetan worden, daß die Gründer einer Aktiengesellschaft eine Reihe von Handlungen und Erklärungen vornehmen müssen, um die Gesellschaft zur Entstehung zu bringen. Es sind dies die Feststellung der Satzung, die Erklärung, Aktien zu übernehmen und die Verpflichtung, die Einlage zu leisten. Gemeinsam ist diesen Handlungen

und Erklärungen, daß sie mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister mit Wirkung für und gegen alle bindende Kraft erlangen, daß sie nicht widerrufen und nicht angefochten werden können. Dies resultiert aus dem körperschaftsrechtlichen Charakter der Handlungen und Erklärungen und hat den Zweck, den Verkehr zu schützen. Von diesem Grundsatz gibt es eine, vom Gesetz selbst geregelte Ausnahme, den Fall der Nichtfeststellung der Sacheinlage im Statut. Die hierdurch bewirkte Unwirksamkeit beschränkt sich aber auf die Sacheinlageerklärung. Die übrigen Handlungen und Erklärungen des Gründers bleiben bestehen. Er bleibt Gründer mit der Maßgabe, daß er statt der Sacheinlage eine Bareinlage leisten muß. Wer einmal als Gründer in der Öffentlichkeit in Erscheinung getreten ist, bleibt es ein für alle Mal, ganz gleichgültig, ob seine Einlagepflicht durch besondere Umstände dem zu leistenden Gegenstande nach verändert wird. Auf jeden Fall soll nach der Eintragung der Gesellschaft die Gewähr dafür geboten sein, daß das Grundkapital in der angegebenen Höhe aufgebracht wird. Ob dies durch Einzahlung von Geld oder durch Einbringung eines Gegenstandes geschieht, ist unerheblich.

Dieser gesetzgeberische Grundgedanke läßt sich aber ohne Bedenken auch auf den Fall der Wandelung übertragen, denn hier ist ja die Lage ganz ähnlich wie bei der unwirksam vereinbarten Sacheinlage. Durch die Wandelung seitens der Gesellschaft wird ein Teil der Gründererklärung, die Verpflichtung zur Leistung der Sacheinlage hinfällig, „rückgängig gemacht". Aber nun nicht nach den für das Kaufrecht des bürgerlichen Rechts geltenden Grundsätzen, weil kein gegenseitiger, synallagmatischer Vertrag vorliegt, sondern unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Aktienrechts. Das bedeutet, daß zwar speziell die Sacheinlageerklärung wegfällt, die Gründereigenschaft mit allen daraus erwachsenden Pflichten und auch Rechten insbesondere aus der Aktienübernahme jedoch nicht berührt wird, sondern weiterbestehen bleibt. Die Lage gleicht nach allen Richtungen der bei der nicht festgestellten oder unvollständig festgestellten Sacheinlage. Ebenso wie bei der unwirksamen Sacheinlage muß aber auch im Falle der Wandelung der Gründer verpflichtet bleiben, seinen Teil zu der Aufbringung des Grundkapitals beizutragen. Der Versuch, dies durch Einbringung eines Gegenstandes zu erreichen, ist nach vollzogener Wandelung mißlungen. Nunmehr kann er sich von seiner Verpflichtung nur noch durch Geldzahlung befreien. Auch hier muß das Prinzip der subsidiären Barzahlungspflicht gelten. Zwar kann man die Vorschrift des § 20 Abs. 2 Aktiengesetz auf den Fall der Wandelung nicht unmittelbar anwenden, da sie nur den Fall der Unwirksamkeit der Sacheinlageverpflichtung infolge Nichtfestsetzung in der Satzung im Auge hat, sondern es kann nur eine rechtsähnliche Anwendung in Frage kommen, die aber zulässig und gangbar erscheint. Der Unterschied zwischen den beiden Fällen, der

darin besteht, daß bei der Wandelung der Öffentlichkeit gegenüber zwar eine Sachgründung vorzuliegen scheint, während nunmehr in Wahrheit eine Bargründung vorliegt, steht dem nicht entgegen. Der Gesetzgeber sieht mit Recht eine Gefahr immer nur in der Sachgründung. Wird aus der Sachgründung infolge der Wandelung eine Bargründung, so liegt ja der gesetzliche Normalfall vor, aus dem dem Publikum keine Gefahren drohen. Nur der gegenteilige Fall, daß aus der Bargründung eine Sachgründung wird, ist ausgeschlossen, weil gerade dadurch die Gefahren heraufbeschworen werden, die der Gesetzgeber unter allen Umständen vermeiden will.

Mit der Annahme einer subsidiären Barzahlungspflicht auch im Falle der Wandelung ist der Schutz des Verkehrs gewährleistet, denn das Grundkapital entspricht, wenn auch nicht dem Gegenstande, so doch der Höhe nach den Angaben der Gründer, was bei der Mangelhaftigkeit der Sacheinlage nicht der Fall war. Für den von der Wandelung betroffenen Sacheinleger ist dieses Ergebnis nicht unbillig, denn es ist nicht einzusehen, weshalb er, der eine mangelhafte Sache geleistet hat, besser gestellt sein soll als ein anderer Gründer, dessen Sacheinlagezusage, vielleich ohne sein Verschulden, nicht in die Satzung aufgenommen worden ist.

Das Verbot der Rückgewähr der Sacheinlage des § 52 Aktiengesetz wird durch diese Lösung nicht verletzt, denn § 52 setzt voraus, daß das Sacheinlageabkommen wirksam und für alle Beteiligten verbindlich besteht. Dies ist aber weder bei der nichtfestgestellten Sacheinlage, noch bei der Wandelung der Fall. Ebenso wie bei der nichtfestgestellten Sacheinlage die bereits geleisteten Gegenstände zurückgefordert werden können, weil ja der Gründer nunmehr zur Barzahlung verpflichtet ist, darf und muß die Gesellschaft nach vollzogener Wandelung dem Gründer die mangelhafte Sacheinlage zurückgeben. § 52 hat nur den Schutz der Allgemeinheit im Auge, der das einmal angegebene Grundkapital immer in gleicher Höhe als Sicherheit erhalten werden soll. Wird das Grundkapital auf andere Weise — durch Barzahlung — auf der angegebenen Höhe gehalten, so ist damit dem Schutz der Allgemeinheit Genüge getan und der Rückgewähr der mangelhaften Sacheinlage steht nichts im Wege.

Daß die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches keine direkte, sondern auch nur rechtsähnliche Anwendung finden können, ist selbstverständlich, denn es handelt sich ja bei der Sacheinlageverpflichtung nicht um einen Kaufvertrag, der gewandelt werden soll, sondern um einen eigenartigen Akt des Gesellschaftsrechts. Daher können auch die sonstigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Wandelung nur insoweit zur Anwendung kommen, als nicht die besonderen Vorschriften des Aktiengesetzes dies verbieten. So verbietet sich beispielsweise eine rechtsähnliche Anwendung des § 477 BGB. auf die Wandelung einer Sacheinlage. Hier hat vielmehr die speziellere Vor-

schrift des § 44 Aktiengesetz Platz zu greifen, wonach die Ersatzansprüche der Gesellschaft erst nach 5 Jahren verjähren. Während bei einem Kaufvertrag ein Interesse daran besteht, daß die Beziehungen der Parteien baldmöglichst abgewickelt und beendet werden, ist ein derartiges Interesse des Verkehrs bei der Sacheinlage nicht vorhanden. Der Verkehr hat im Gegenteil ein Interesse daran, das Grundkapital auf möglichst lange Zeit hinaus in seinem Bestande gesichert zu sehen, was im Falle einer Verjährungspflicht von nur sechs Monaten nicht der Fall wäre.

b) Die Minderung der Sacheinlage.

Die gleichen Grundsätze, die für die Wandelung einer Sacheinlage gelten, müssen auch auf die Minderung Anwendung finden. Ebensowenig wie bei der Wandelung etwa eine Rückgwähr der Aktien Zug um Zug gegen Rückgabe der mangelhaften Sacheinlage stattfinden kann — ganz abgesehen davon, daß die gewährten Aktien nicht eine Gegenleistung im Sinne des Kaufpreises beim Kaufvertrage darstellen — kann bei der Minderung etwa ein Teil der Aktien zurückgewährt werden. Aufgabe und Sinn der Wandelung sowohl wie der Minderung eines Sacheinlageabkommens ist es, die Ergänzung des Grundkapitals bis zu der von den Gründern angegebenen Höhe zu bewirken. Als Äquivalent für diese Ergänzungspflicht bleibt der Gründer auch Mitglied der Gesellschaft mit den sich aus dieser Mitgliedschaft ergebenden Rechten.

Bei der Minderung besteht die Ergänzungspflicht darin, daß der Sacheinleger den Minderwert der Sacheinlage in Geld ausgleichen muß, so daß durch die Geldzahlung das Grundkapital die in der Satzung angegebene Höhe erreicht. Dagegen kann die Gesellschaft nicht etwa verlangen, daß sich der Gründer nunmehr in Höhe seiner gesamten Einlageverpflichtung durch Geldzahlung befreit, denn die Barzahlungspflicht ist nur subsidiär und tritt bloß insoweit ein, als eine Befreiung des Gründers durch die Leistung der Sacheinlage nicht erfolgt ist.

Weder bei der Wandelung noch bei der Minderung besteht die Möglichkeit, statt der mangelhaften Sache die Leistung einer mangelfreien Sache zu verlangen. Das Gesetz sieht als Folge der Unwirksamkeit nur die hilfsweise Barzahlungspflicht vor. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Gründer sich verpflichtet hat, nur der Gattung nach bestimmte Gegenstände einzubringen. Hier kann in analoger Anwendung des § 480 BGB. die Leistung einer mangelfreien Einlage verlangt werden. Eine Analogie der Vorschriften über den Werkvertrag erscheint nicht geboten, wenn ihr auch rechtstheoretische Bedenken nicht entgegenstehen. Während sich bei der nicht festgestellten Sacheinlage die Gründung der Öffentlichkeit gegenüber als Bargründung

darstellt und der Gründer dies gegen sich gelten lassen muß, also den Gegenstand der Sacheinlage keinesfalls als Teil des Grundkapitals einführen kann, tritt im Falle der Wandelung die Gesellschaft in der Form der Sachgründung ins Leben. Die Öffentlichkeit weiß, daß das Grundkapital nur zum Teil aus barem Geld, zum andern Teil aber aus Gegenständen besteht. Der Schutz der Öffentlichkeit würde also der Lieferung einer mangelfreien Sache nicht entgegenstehen. Bedenken ergeben sich aber aus einer anderen Richtung. Bei der Sachgründung ist, wie bereits erwähnt, eine Prüfung durch Vorstand, Aufsichtsrat und Gründungsprüfer vorgeschrieben. Die Prüfungsberichte sind bei der Anmeldung miteinzureichen und sollen dem Gericht die Möglichkeit einer selbständigen Prüfung geben. Diese ganze Prüfung würde im Falle der Zulässigkeit der Leistung einer mangelfreien Sache wegfallen, da die betreffenden Vorschriften die Prüfung nur im Entstehungsstadium der Gesellschaft vorschreiben, während hier die Aktiengesellschaft bereits zur Entstehung gelangt ist. Die Vorschriften über die Nachgründung, die ja nunmehr ebenfalls eine Pflichtprüfung vorsehen, können auf diesen Fall keine Anwendung finden, weil es sich um eine Sacheinlage handelt, die Nachgründung aber nur für Verträge in Frage kommt, die der Sachübernahme im Gründungsstadium entsprechen. Mit anderen Worten bestände im Falle der Lieferung einer mangelfreien Sache keine Prüfungspflicht. Dieses Ergebnis soll aber gerade vermieden werden. Die Lieferung einer mangelfreien Sache durch den Sacheinleger erscheint daher ausgeschlossen. Er kann sich nur durch Geldzahlung befreien.

Die gleichen Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn eine Forderung über ihrem wirklichen Wert als Sacheinlage eingebracht worden ist. Hier muß der Gründer, genau wie bei der Minderung, die Differenz zwischen dem wahren Wert und dem von ihm angegebenen Wert in Geld einzahlen.

IX. Die Mängelhaftung bei der Sachübernahme.

Bei der Sachübernahme macht die Behandlung von Wandelung und Minderung keine Schwierigkeiten. Für das bisher geltende Recht des H.G.B. wurde sie von Theorie und Praxis allgemein zugelassen, da es sich bei den Sachübernahmeverträgen ja um reine Verkehrsgeschäfte handelt, auf die die allgemeinen Vorschriften Anwendung finden. Eine Ausnahme macht nur das Reichsgericht[1]) für den Fall, daß der Gegenstand der Sachübernahme die Grundlage der Aktiengesellschaft bildet. Der Auffassung des Reichsgerichts kann nicht beigetreten werden. Es muß in diesem Zusammenhang nochmals betont werden, daß es sich bei der Sachübernahme nicht um einen Akt des

27) R.G.Z. Bd. 26 S. 40.

Körperschaftsrechts handelt, sondern um ein normales Verkehrsgeschäft, daß die Aufnahme des Sachübernahmevertrages in das Statut nur den Zweck und die Wirkung hat, die Gesellschaft im Augenblick ihrer Entstehung bereits an den Vertrag zu binden, daß die Sachübernahme aber im übrigen in allen Beziehungen einem Vertrag gleichsteht, den die Gesellschaft nach ihrer Entstehung selbständig abgeschlossen hat. Genau so wie die Gesellschaft im letzteren Fall bei Vorliegen von Sachmängeln wandeln oder mindern kann, mag das Geschäft auch noch so bedeutungsvoll für sie sein, so kann die Gesellschaft dies auch, wenn der Gegenstand des Sachübernahmeabkommens mangelhaft ist. Man darf nämlich einen Punkt nicht vergessen, den das Reichsgericht offenbar übersieht. Während bei der Sacheinlage die Gewährung der Aktien an den Gründer keine Gegenleistung für seine Einlage darstellt und infolgedessen die gewährten Aktien im Falle der Wandelung nicht zurückverlangt werden können, steht bei der Sachübernahme der Gegenstand der Übernahme und die dafür zu gewährende Vergütung in einem synallagmatischen Verhältnis, sodaß die Gesellschaft Rückgewähr der geleisteten Vergütung Zug um Zug gegen Rückgabe des Gegenstandes der Sachübernahme verlangen kann. Das Vermögen der Aktiengesellschaft bleibt also rechnerisch gleich und verändert sich nur dem Gegenstande nach. Wirtschaftlich betrachtet tritt sogar eine Vermehrung ein, da anstelle der minderwertigen Sache die vollwertige Vergütung zurückerlangt wird. Die vom Reichsgericht gemachte Unterscheidung ist also nicht gerechtfertigt und beruht auf einer Verkennung des Wesens der Sachübernahme.

X. Schadensersatzansprüche.

Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Schadensersatz wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft oder arglistigen Verschweigens des Mangels können sowohl bei der Sacheinlage wie bei der Sachübernahme rechtsähnliche Anwendung finden, da sie mit den Vorschriften des Aktiengesetzes nicht in Widerspruch stehen. Neben diesen Ansprüchen können der Gesellschaft unter Umständen auch noch Ansprüche aus den §§ 39 ff. Aktiengesetz zustehen.

XI. Unmöglichkeit der Leistung.

Im Falle der Unwirksamkeit der Sacheinlage hat der Gesetzgeber ausgesprochen, daß sich die Unwirksamkeit auf das Sacheinlageabkommen selbst beschränkt, ohne daß die Stellung des Sacheinlegers als Gründer berührt wird. Der gleiche Gedanke spricht mit bei der Entscheidung über die Unzulässigkeit der Anfechtung der Gründererklärungen. Er ist schließlich übertragen worden auf die Frage der Wandelung und hat dabei zu dem Ergebnis geführt, daß auch im Falle

der Wandelung die dem Gründer obliegende Leistung nur dem Inhalt nach verändert wird, daß er aber weiter Gründer bleibt. In allen drei Fällen kommt das gleiche gesetzgeberische Grundprinzip zum Ausdruck: Die Gesellschaft soll in der Form erhalten werden, in der sie zum ersten Mal in Erscheinung getreten ist.

Betrachtet man unter Berücksichtigung dieses Grundprinzips die Frage, wie die Unmöglichkeit der Leistung der Sacheinlage zu behandeln ist, so ergibt sich unschwer die Lösung. Die Sachlage im Falle der Unmöglichkeit der Leistung ähnelt in vielen Beziehungen der bei der unvollständig festgestellten Sacheinlage, insbesondere dann, wenn das unvollständige Abkommen aus Versehen mit in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Öffentlichkeit gegenüber erscheint die Gesellschaft als Sachgründung, während dies in Wahrheit, zunächst bei der nicht ordnungsmäßig festgestellten Sacheinlage, nicht der Fall ist, vielmehr der Gründer Barzahlung leisten muß. Zu dem gleichen Ergebnis muß man auch bei der Unmöglichkeit kommen. Der vom Gesetzgeber gezeigte Weg der subsidiären Barzahlungspflicht des Sacheinlegers ist auch hier gangbar. Der Sacheinleger bleibt Gründer. Alle seine Handlungen und Erklärungen bleiben in Kraft. Nur tritt an die Stelle der Sacheinlageverpflichtung die Barzahlungspflicht. Dabei macht es keinen Unterschied, ob ursprüngliche oder nachträgliche, objektive oder subjektive Unmöglichkeit vorliegt. In jedem Fall bleibt der Gründer verhaftet, seiner einmal begründeten Verpflichtung, an der Aufbringung des Grundkapitals mitzuwirken, nachzukommen. Dies bedeutet bei der ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit eine gewisse Modifizierung oder Abwandlung der Vorschrift des § 306 BGB., die sich aber aus den Besonderheiten des Aktienrechts rechtfertigt. Außerdem wird ja nicht die Verpflichtung zur Leistung des bestimmten Gegenstandes aufrechterhalten, sondern an die Stelle dieser Verpflichtung tritt nunmehr die Barzahlungspflicht. Aufrechterhalten wird lediglich die der Leistungspflicht zugrundeliegende Gründererklärung, sich an der Aufbringung des Grundkapitals zu beteiligen, die durch die Unmöglichkeit der Leistung mit einem andern Inhalt gefüllt wird.

Es ist nicht zu leugnen, daß durch diese Lösung das Risiko, das an sich schon in der Beteiligung an der Gründung einer Aktiengesellschaft liegt, noch erheblich erhöht wird. Aber diese Folgen müssen mit Rücksicht auf den Schutz der Allgemeinheit in Kauf genommen werden. Die Öffentlichkeit muß unter allen Umständen auf die Beständigkeit der Angaben der Gründer, besonders über die Höhe des Grundkapitals, vertrauen können. Dieses Vertrauen würde getäuscht, wenn ein Gründer sich darauf berufen könnte, daß die ihm obliegende Leistung, sei es auch infolge eines nicht von ihm zu vertretenden Umstandes, unmöglich geworden ist.

Bei der Sachübernahme tauchen alle diese Bedenken nicht auf. Hier handelt es sich um ein gewöhnliches Geschäft des bürgerlichen Rechts, auf das alle Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung kommen müssen. Daher treten auch im Falle der Unmöglichkeit der Leistung die gewöhnlichen Folgen ein.

XII. Verzug des Sacheinlegers.

Den Fall, daß der Sacheinleger mit der ihm obliegenden Leistung in Verzug kommt und die sich hieraus ergebenden Folgen hat das Aktiengesetz in den §§ 57 ff. besonders geregelt. Diese Vorschriften gehen als lex specialis den allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Verzug vor.

B. Sachgründung und Nachgründung.

I. Die verschleierte Sachgründung nach bisherigem Recht.

Es ist in der Vergangenheit von Gründern von Aktiengesellschaften immer wieder versucht worden, die Gründungsvorschriften, insbesondere § 186 H.G.B., zu umgehen und der Gesellschaft auf Umwegen Sachwerte zuzuführen, die eigentlich im Wege der Sachgründung unter Berücksichtigung der besonderen Vorschriften hätten eingebracht werden müssen. Grund hierfür war häufig genug die Scheu vor der Gründungsprüfung, weil die eingebrachten Gegenstände oft einen erheblich geringeren Wert hatten als die dem Gründer gewährten Aktien. Die Folge war, daß manche Aktiengesellschaft ins Leben gerufen wurde, deren Grundkapital mit dem von den Gründern angegebenen Grundkapital nicht im entferntesten im Einklang stand.

Schrifttum und Rechtsprechung haben sich mit dieser Erscheinung, die unter dem Schlagwort „Verschleierte Sachgründung" zusammengefaßt wurde, eingehend befaßt. Bedauerlicherweise ist es auch in diesem Falle nicht gelungen, auch nur zu annähernd einheitlichen Ergebnissen zu kommen.

Den Ausgangspunkt für die bis in die jüngste Zeit hinein bestehenden Meinungsverschiedenheiten bildete die Frage, ob die Vorschrift des § 186 eine gebietende Rechtsnorm sei, die die Aufnahme der Abkommen in das Statut zwingend vorschreibe mit der Folge, daß im Falle der Unterlassung eine Gesetzesverletzung vorliege, oder ob sie nur eine gewährende Rechtsnorm sei, die den Gründern als eine der Möglichkeiten geboten werde, neben der noch andere Möglichkeiten offen blieben.

Von den oberen Gerichten[28]) und einigen Schriftstellern[29]) wurde die Meinung vertreten, daß § 186 H.G.B. eine gebietende Rechtsnorm sei, deren Befolgung den Gründern zwingend vorgeschrieben sei.

Demgegenüber wurde, vorwiegend vom Schrifttum[30]), die Ansicht vertreten, daß es sich bei § 186 H.G.B. um eine gewährende Rechtsnorm handele, die den Gründern das Recht und die Möglichkeit gebe, Verträge mit bindender Wirkung für die Gesellschaft abzuschließen, daß die Gründer aber nicht gezwungen seien, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Nach dieser Ansicht liegt daher im Falle der Nichtfeststellung der Abkommen im Gesellschaftsvertrag keine Gesetzesverletzung vor.

---

28) R.G.Z. Bd. 121 S. 99; K.G.J. 25 A 85; O.L.G. Dresden in BankA. Bd. 6 S. 150; O.L.G. Braunschweig in O.L.G.E. Bd. 43 S. 294.

29) Staub-Pinner § 186 Anm. 17; Fischer bei Gruch. Bd. 64 S. 661.

30) Rospatt in Bank.Arch. 1930 S. 340 ff.; Brodmann a. a. O. § 207 Anm. 1 u. 7; Hachenburg in J.W. 1924 S. 199 Anm.; Flechtheim in J.W. 1929 S. 2105 ff.

Um zu klaren Ergebnissen zu kommen, muß auf diesen Meinungsstreit näher eingegangen werden. Für die zuerst genannte Meinung taucht dabei die Vorfrage auf, was unter „Abkommen" im Sinne des § 186 Abs. 2 H.G.B. zu verstehen ist, weil ja nur dann festgestellt werden kann, wann eine Gesetzesverletzung vorliegt.

Das Kammergericht[31]) vertritt für Sachübernahmeabkommen den Standpunkt, daß Übernahme nicht nur die nach allen Richtungen hin perfekte Übereinkunft sei, sondern jedes Abkommen über den Erwerb durch die Aktiengesellschaft, gleichviel ob dessen Rechtsbestand von dem Eintritt einer Bedingung oder Zeitbestimmung abhänge. Es sei nicht zulässig, eine Aktiengesellschaft einstweilen ohne Rücksicht auf die geplante Übernahme lediglich den Vorschriften über die Nachgründung zu unterwerfen[32]). Die Aktiengesellschaft sei, weil sie als solche vor der Eintragung nicht bestehe, garnicht rechtlich in der Lage, Übernahmeverträge im Gründungszeitraum zu schließen. Es könne sich hier immer nur um Abmachungen handeln, die von anderen rechtsfähigen Personen im Interesse der künftigen Aktiengesellschaft statt ihrer getroffen werden. Inwieweit sich diese Abmachungen zu förmlichen Verträgen verdichtet hätten, erscheine für die Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 186 Abs. 2 H.G.B. ohne Bedeutung. Es genüge, daß unter den Beteiligten Einverständnis über eine Gestaltung der künftigen Aktiengesellschaft bestehe, wonach diese eine „Anlage" übernehmen solle.

Der Zweck, den das Kammergericht mit dieser weiten Auslegung des Begriffes „Abkommen" erreichen will, erhellt aus der Verweisung auf die Entscheidung K.G.J. Bd. 10 S. 29. Das Kammergericht will nach Möglichkeit alle Abmachungen, auch wenn sie sich noch nicht zu förmlichen Verträgen entwickelt haben, der Vorschrift des § 186 Abs. 2 H.G.B. unterwerfen, weil es die Vorschrift des § 207 H.G.B. nur als einen Notbehelf ansieht, der nur dann gangbar sein soll, wenn es nicht gelungen ist, die Beobachtung der Gründungsvorschriften zu erzwingen.

Noch weiter als das Kammergericht geht das Reichsgericht[33]). Es billigt nicht nur die Auffassung des Kammergerichts über den Begriff „Abkommen", sondern ist darüber hinaus der Ansicht, daß die vorbeabsichtigte Sachgründung überhaupt nur im Wege der Satzungsänderung, nicht über § 207 erfolgen könne. Es geht also gerade in dem für das Kammergericht entscheidenden Gesichtspunkt, daß § 207 nur einen ungenügenden Schutz biete, weit über das Kammergericht hinaus[34]).

---

31) K.G.J. 25 A 85.
32) K.G.J. 10 S. 29.
33) R.G.Z. Bd. 121 S. 99.
34) vgl. K.G. in J.W. 1924 S. 199 ff.

Das Ergebnis beider Entscheidungen ist, daß jede zwischen den Gründern und mit Dritten getroffene Übereinkunft, die irgendwie die zukünftige Aktiengesellschaft betrifft, der Aufnahme in das Statut bedarf. Beide Entscheidungen erblicken in der Vorschrift des § 186 eine gebietende Rechtsnorm. Die Folge davon ist, daß der Registerrichter die Eintragung der Gesellschaft ablehnen muß, wenn eine dieser sei es auch unverbindlichen Abmachungen nicht in das Statut aufgenommen worden ist, weil durch die Nichtaufnahme das Gesetz verletzt ist und der Richter diese Gesetzesverletzung nicht durch die Eintragung sanktionieren darf.

Eine dritte Meinung[35]) sieht ein Abkommen im Sinne des § 186 nur dann als gegeben an, wenn schon feste Vereinbarungen über die Übernahme vorliegen.

Für die gegenteilige Ansicht, die die Vorschrift des § 186 nur als eine gewährende Rechtsnorm ansieht, kann die soeben erwähnte Frage garnicht bedeutsam werden, da ja die Unterlassung der Festsetzung im Statut keine Gesetzesverletzung bedeutet. Mit der Unterlassung begeben sich die Gründer nur der Vorteile, die ihnen die ordnungsmäßige Sachgründung bietet.

Beide Meinungen sind sich darüber einig, daß die von den Gründern getroffenen Abreden im Falle der Nichtfestsetzung im Gesellschaftsvertrage der Gesellschaft gegenüber unwirksam sind. Das heißt: Im Falle einer unwirksamen Sacheinlage liegt eine Bargründung vor, im Falle einer unwirksamen Sachübernahme tritt die Gesellschaft unbelastet, frei von der geplanten vertraglichen Bindung ins Leben. Nun bestimmt aber das Gesetz nur, daß diese Abkommen der Gesellschaft gegenüber unwirksam sind, nicht daß sie schlechthin nichtig sind. Hieraus ergeben sich für die Sacheinlage und die Sachübernahme verschiedene Folgerungen.

II. Was geschieht mit den unwirksamen Abkommen?

Infolge der Unwirksamkeit der Sacheinlageverpflichtung ist der Gründer verpflichtet, den dem Nennbetrag der Aktien entsprechenden Betrag bar einzuzahlen, um sich von der aus seiner Gründererklärung entstandenen Verpflichtung zu befreien. Eine Sachleistung kann den Gründer nicht mehr befreien. Die Gesellschaft kann und darf diese Leistung nicht als Erfüllung der dem Gründer obliegenden Verpflichtung annehmen. Die Leistungspflicht ist wohl bestehen geblieben, aber der Leistungsinhalt hat sich verändert. Dieses Ergebnis wird zumeist für den Gründer, unter Umständen aber auch für die Gesellschaft unerfreulich sein. Der Gründer wird infolgedessen bestrebt sein, auf irgendeine Weise von seiner Barzahlungsverpflichtung loszukommen.

35) Staub-Pinner § 186 Anm. 17, 17a; O.L.G. Braunschweig in O.L.G.E. Bd. 43 S. 294.

Um dies zu verhindern, verbietet das Gesetz in § 221 H.G.B. die Aufrechnung gegenüber der Barzahlungspflicht und die Befreiung von dieser Pflicht. Das Aktiengesetz geht noch weiter und verbietet außerdem in § 34 Abs. 3 die Übernahme von Verpflichtungen aus Sacheinlagen. Damit ist praktisch gewährleistet, daß im Falle unwirksamer Vereinbarung einer Sacheinlage das Grundkapital in bar eingezahlt wird. Theoretisch ist die nachträgliche Einbringung eines Gegenstandes als Sacheinlage überhaupt undenkbar. Die Errichtung der Gesellschaft in der Form der Bargründung und ihre Eintragung in dieser Gestalt sind ein einmaliger rechtsgestaltender Akt, der durch nachträgliche Handlungen nicht mehr umgestaltet werden kann. Die einmal entstandene Bargesellschaft bleibt unter allen Umständen Bargesellschaft. Darüber herrscht auch Einstimmigkeit.

Es ist aber durchaus denkbar, daß auch die Gesellschaft ein Interesse daran hat, den Gegenstand der Sacheinlage zu erwerben. Daß er als Sacheinlage der Gesellschaft nicht mehr zugeführt werden kann, steht fest. Auch im Wege der Sachübernahme kann dies nicht mehr geschehen, da die Gesellschaft bereits eingetragen ist, während die Sachübernahmeverträge in den Gründungszeitraum fallen. Es muß also eine Lösung gesucht werden.

Bevor hierauf näher eingegangen wird, soll zuvor noch untersucht werden, was im Falle unwirksamer Vereinbarung eines Sachübernahmeabkommens geschieht. Hier ist die Sachlage für die Gründer häufig noch unangnehmer als bei der Sacheinlage.Sie haben mit einem Dritten einen Vertrag abgeschlossen in der Erwartung, daß dieser Vertrag mit der Entstehung der Gesellschaft für diese wirksam wird, sodaß sie von ihrer, dem Dritter gegenüber obliegenden Verpflichtung frei würden. Da der Vertrag aber der Gesellschaft gegenüber unwirksam ist, bleiben sie dem Dritten als Gesamtschuldner verhaftet und müssen ihrerseits den Vertrag erfüllen. Hier werden die Gründer noch mehr als bei der Sacheinlage das Bestreben haben, den Gegenstand in irgendeiner Form der Aktiengesellschaft zuzuführen, sie zum Partner des Vertragsverhältnisses mit dem Dritten zu machen, damit sie auf diese Art und Weise selbst frei werden. Der Weg der Übernahme der Verpflichtung der Gründer durch die Gesellschaft ist wiederum durch § 34 Abs. 3 Aktiengesetz ausgeschlossen. Da auch hier möglicherweise ein Interesse der Aktiengesellschaft an dem Erwerb des Gegenstandes der Sachübernahme bestehen kann, muß ein anderer Weg gefunden werden. Der Ausgangspunkt für die beiden Fälle ist der gleiche.

III. Wie kann der von den Gründern angestrebte Erfolg erreicht werden?

Es kann sich bei diesem Geschäft, um dies nochmals zu betonen, niemals um ein nachträgliches Sacheinlageabkommen handeln, sondern

immer nur um einen Vertrag, der dem Sachübernahmeabkommen im Gründungsstadium entspricht. Dies wird auch vom Reichsgericht[36]) nicht bestritten, das in der zitierten Entscheidung offenbar als selbstverständlich voraussetzt, daß eine Bareinlage nicht nachträglich in eine Sacheinlage umgewandelt werden kann. Im übrigen sieht das Reichsgericht nur folgenden Weg, um den Gegenstand dem Gesellschaftsvermögen zuzuführen. Es nimmt an, daß der nach § 186 Abs. 4 H.G.B. unwirksame Vertrag geheilt werden kann. „Es handelt sich bei der Heilung nicht um Bestätigung eines nichtigen Vertrages, sondern um Hebung eines Mangels durch Nachholung der nur für die Aktiengesellschaft, nicht für den Vertragsgegner, vorgeschriebenen Offenbarung. So viel Gewicht das Gesetz auch auf diese Offenbarung legt — wie es ja als Folge der Unterlassung die Unwirksamkeit bestimmt — so fordert doch der Zweck des Gesetzes keine unheilbare Unwirksamkeit. Heilung kann aber nur die Nachholung des Versäumten bringen. Daraus folgt einerseits, daß es keiner Mitwirkung des Vertragsgegners bedarf, andererseits, daß nur die Nachholung unter Beobachtung der Vorschriften, die von vornherein hätten befolgt werden müssen, heilend wirken kann“[37]). Das Reichsgericht nimmt also an, daß die von den Gründern geschlossenen Sachübernahmeverträge durch nachträgliche Aufnahme in die Satzung geheilt werden können und verlangt folgerichtig weiter, daß die bei der Errichtung zu beobachtenden Vorschriften, insbesondere der Revisorenbericht eingehalten werden müssen. „Da die Abkommen im Statut meist verschwiegen werden, um die Prüfung durch besondere Revisoren zu vermeiden, wäre es sinnwidrig, wollte man heilende Wirkung einer Satzungsänderung beilegen, bei der nun doch wieder die Prüfungsberichte, namentlich der Revisoren fehlen“[38]).

Theoretisch ist diese Entscheidung des Reichsgerichts unhaltbar. Es ist eingangs dargetan worden, daß der Sachübernahmevertrag ein gewöhnliches Verkehrsgeschäft ist, abgeschlossen zwischen den Gründern einerseits und einem Dritten andererseits. Für die zukünftige Gesellschaft kann dieses Vertragsverhältnis nur Bedeutung gewinnen, wenn es in der Satzung Aufnahme gefunden hat. Erst hierdurch kommt die Gesellschaft in vertragliche Beziehungen zu dem Dritten, die aber auch erst mit der Entstehung der Gesellschaft durch die Eintragung wirksam werden. Die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag ist also das notwendige Bindeglied für die Beziehungen der Gesellschaft zu dem Dritten. Fehlt dieses Bindeglied, ist also das Sachübernahmeabkommen nicht in das Statut aufgenommen, so bestehen überhaupt keine Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Dritten. Der

36) R.G.Z. Bd. 130 S. 248 ff.
37) a. a. O. S. 254.
38) R.G.Z. Bd. 130 S. 255.

Dritte kann sich, wie bereits erwähnt, nur an die Gründer halten, die ihm als Gesamtschuldner aus dem Vertrag haften. Die Gesellschaft aber, die ja niemals Vertragspartner geworden ist, kann sich nicht einfach durch eine einseitige Handlung ihrerseits — die Satzungsänderung — nachträglich zum Vertragspartner machen. Will sie den Gegenstand des Sachübernahmevertrages erwerben, so bleibt ihr nur die Möglichkeit, den Vertrag mit dem Dritten erneut durch ihre verfassungsmäßig zur Vertretung berufenen Organe abzuschließen.

Die Ansicht des Reichsgerichts wird auch nicht dadurch richtiger, daß man sagt, die Gründer seien die Vertreter der zukünftigen Gesellschaft oder handelten in unserem Falle als Vertreter ohne Vertretungsmacht, sodaß der Vertrag durch die Gesellschaft nachträglich genehmigt werden könne. Abgesehen von den Bedenken, die sich gegen eine Anwendung dieser Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches erheben, weil sie garnicht in das aktienrechtliche System hineinpassen, können die Gründer die zukünftige Gesellschaft nur dadurch verpflichten, daß sie das Übernahmeabkommen in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen. Überhaupt will der Begriff der Vertretung im Sinne der §§ 164 ff. BGB. auf das Verhältnis der Gründer zu der zukünftigen Gesellschaft nicht recht passen. „Vertretung" bedeutet doch: Handeln anstelle eines anderen dergestalt, daß Vertragspartei nur der andere, der Vertretene ist. Das ist aber bei der Sachübernahme nicht der Fall. Hier ist, wie sich heute aus § 34 Aktiengesetz mit aller Deutlichkeit ergibt, Vertragspartei zunächst nur der Gründer, der den Vertrag mit dem Dritten abschließt. Nur gibt ihm das Gesetz die Möglichkeit, die aus diesem Vertrage entstehenden Pflichten auf einen anderen abzuwälzen, nämlich auf die zukünftige Gesellschaft. Der Weg hierzu ist bei der Sachübernahme, daß der Gründer für die Aufnahme des Abkommens in den Gesellschaftsvertrag Sorge trägt. Praktisch ist dies nichts anderes als ein Vertrag zu Lasten Dritter. Mag es auch sonst derartige Verträge nicht geben[39]): Hier ist er vom Gesetzgeber selbst ausdrücklich zugelassen. Aber gerade weil es sich um einen Ausnahmefall handelt, werden vom Gesetz auch besondere Erfordernisse aufgestellt, um die Belastung des Dritten durch den Verpflichteten zu erreichen. Der Verpflichtete muß diesen Vertrag der zukünftigen juristischen Person mit auf den Lebensweg geben, indem er ihn in das Statut aufnimmt. Diese Möglichkeit, sich selbst zu entlasten und die juristische Person zu belasten, gewährt das Gesetz dem Gründer. Er muß sich aber hierzu auch des vorgeschriebenen Weges bedienen. Unterläßt er dies, so bleibt er allein verpflichtet. Die Gesellschaft ist nicht belastet und hat mit dem Vertragsverhältnis zwischen dem Gründer und dem Dritten überhaupt nichts zu tun. Noch deutlicher ergibt sich die Richtigkeit der Behauptung, daß Vertrags-

39) vgl. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse § 34 V a. E.

partner nur der Gründer sei, bei anderen Verträgen, z. B. Dienstverträgen, die nicht Sachübernahmeverträge sind. Hier kann der Gründer oder Vorstand nach § 54 Abs. 2 Aktiengesetz von seiner vertraglichen Pflicht überhaupt nur auf dem Wege der Schuldübernahme durch die Aktiengesellschaft befreit werden.

Im übrigen ist von verschiedenen Seiten mit Recht darauf hingewiesen worden, daß § 141 BGB., den Staub[40]) zur Lösung der Frage heranzieht, eine Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts durch die gleichen Personen verlangt, die Gründer aber die Aktiengesellschaft nicht mehr vertreten können.

Zusammenfassend darf man sagen, daß der vom Reichsgericht und Staub vorgeschlagene Weg nicht gangbar ist. Mit der Eintragung der Gesellschaft sind die nicht in die Satzung aufgenommenen Abkommen erledigt. Für die Gesellschaft besteht weder die Pflicht noch die Möglichkeit, d i e s e Verträge in irgendeiner Form wirksam zu machen.

Da es sich bei den Verträgen, die der Aktiengesellschaft den Gegenstand der Sacheinlage oder Sachübernahme nachträglich zuführen sollen, immer nur um gewöhnliche Verkehrsgeschäfte, niemals um Sacheinlageverträge handeln kann, wird man sich fragen, warum das Reichsgericht nicht den naheliegenden Weg des § 207 H.G.B. für zulässig erachtet, der doch gerade für derartige Verträge wie geschaffen erscheint. Das Reichsgericht erklärt aber § 207 überhaupt nur dann für anwendbar, wenn der Nachgründungsvertrag erst nach der Entstehung der Atiengesellschaft abgeschlossen worden ist. Dagegen sollen Verträge, die von den Gründern schon vor der Eintragung ins Auge gefaßt oder gar verbindlich abgeschlossen worden sind, niemals unter § 207 fallen. Dieses Ergebnis beruht einmal auf der Stellungnahme des Reichsgerichts zu der Rechtsnatur des § 186, in dem das Reichsgericht eine gebietende Rechtsnorm erblickt. Wenn der Gesetzgeber die Wahrung einer bestimmten Form einmal zwingend vorschreibe, so könne der angestrebte Erfolg immer nur unter Wahrung dieser Form erreicht werden. Es sei undenkbar, daß der Gesetzgeber daneben noch einen anderen Weg zulassen wolle, ohne für diesen Weg die gleiche Form zu verlangen. Ausschlaggebend ist aber für das Reichsgericht weniger dieser theoretische Gesichtspunkt, als vielmehr die Erwägung, daß durch die Zulassung des Weges über § 207 Gesetzesumgehungen begünstigt werden könnten. Diese Furcht ist jedoch unbegründet. Sie beruht auf einer Verkennung sowohl des § 186 wie des § 207. Die Auffassung, § 186 sei eine gebietende Rechtsnorm, ist nämlich irrig. Dies ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus § 208 H.G.B. Hier erwähnt nämlich das Gesetz gerade den Fall, daß die Gesellschaft Vermögensgegenstände in Ausführung einer vor ihrer Eintragung in das Handelsregister von Gründern getroffenen Vereinbarung erwirbt.

40) Staub § 186 Anm. 18.

Wenn das Gesetz aber selbst mit diesem Fall rechnet, so hätte es eines ausdrücklichen Verbots bedurft, um § 186 zu einer gebietenden Rechtsnorm zu machen. Ohne ein derartiges Verbot kann aus § 208 nur gefolgert werden, daß die Gründer nur berechtigt, aber nicht verpflichtet sein sollen, Sachübernahmeabkommen in die Satzung aufzunehmen.

Eine Verkennung des § 207 liegt insofern vor, als auf dem Wege des § 207 nicht etwa eine Heilung der alten, unwirksamen Abkommen erreicht werden kann. Sie sind ein für alle Mal erledigt. Zwar wird der mit dem Übernahmeabkommen bezweckte wirtschaftliche Erfolg auf dem Wege der Nachgründung nachgeholt. Aber es bedarf hierzu des Abschlusses eines neuen Vertrages, dessen Vornahme im freien Belieben der Aktiengesellschaft steht. Ein unter Wahrung der Form des § 207 abgeschlossener Vertrag hat dementsprechend auf den Charakter der Gesellschaft als Bargesellschaft keinerlei Einfluß. Der Charakter der Gesellschaft wird immer nur dann verändert, wenn die Abmachungen, die wesentliche Voraussetzung für ihre Entstehung sind, abgeändert werden, also wenn aus einer Bareinlage eine Sacheinlage wird, weil hierdurch das Grundkapital eine Umgestaltung erfährt. Dagegen läßt ein dem Sachübernahmeabkommen entsprechender Vertrag das Wesen der Aktiengesellschaft unberührt. Um solche dem Sachübernahmevertrag entsprechende Verträge handelt es sich aber im Falle des § 207 immer nur, wie das Reichsgericht selbst nicht bestreiten kann. Durch den Abschluß eines Vertrages nach § 207 kann also niemals aus der Bargesellschaft eine Sachgesellschaft werden. Insoweit kann eine Gesetzumgehung garnicht drohen und bezüglich der Sachübernahmeabkommen ist es Sache der Gründer, ob sie den Vertrag in das Statut aufnehmen wollen oder nicht. Ist dies nicht geschehen, so hat nunmehr die Aktiengesellschaft die Wahl, ob sie den Vertrag mit dem Dritten erneut abschließen will oder nicht, ebenso wie sie dies bei einem ihr nachträglich, nach ihrer Entstehung zugehenden Vertragsangebot tun kann.

Die einzige Folge, zu der die konsequente Durchführung des reichsgerichtlichen Standpunkts führt, ist, daß der Gegenstand der Sacheinlage niemals mehr der Gesellschaft zugängig gemacht werden kann. Da die Gesellschaft den Vertrag durch eine einseitige Handlung — die Satzungsänderung — wirksam machen kann, kann sie selbstverständlich auch an dem vereinbarten Vertragsinhalt nichts mehr ändern, also nicht etwa den Gegenstand der Sacheinlage nunmehr zum Gegenstand eines Kaufvertrags machen. In der abgeschlossenen Form kann sie das Abkommen aber nicht in die Satzung aufnehmen, weil sonst aus der Bargründung nachträglich, nach der Eintragung, eine Sachgründung würde, was ja auch nach Ansicht des Reichsgerichts ausgeschlossen ist. Im Wege der Nachgründung kann der Gegenstand aber dem Gesellschaftsvermögen nicht zugeführt werden, weil das Abkommen schon vor der Eintragung von den Gründern ins Auge gefaßt,

ja sogar schon fest abgeschlossen war. Daß dieses Ergebnis gerade für die Gesellschaft häufig sehr unangenehme Folgen haben kann, liegt auf der Hand. Auf dem Wege des § 207 dagegen bestehen keinerlei Bedenken, den Gegenstand der Sacheinlage nunmehr zum Gegenstand einer Nachgründung zu machen, weil durch die Nachgründung das Wesen der Gesellschaft nicht geändert wird.

Das Kammergericht[41]) vertritt demgegenüber einen etwas abweichenden Standpunkt. Da es, ebenso wie das Reichsgericht, § 186 als eine gebietende Rechtsnorm ansieht, gewährt es mit Recht dem Registerrichter, der von der Sachgründung erfährt, das Recht, die Eintragung abzulehnen, bis die Sacheinlage- oder Sachübernahmeabkommen ordnungsmäßig in der Satzung festgestellt sind. Ist aber einmal die Eintragung erfolgt, sei es daß der Registerrichter nichts von dem Abkommen erfahren hat oder aus einem sonstigen Grunde, so will das Kammergericht die Einbringung des Gegenstandes im Wege der Nachgründung zulassen. In diesem Falle habe der Gesetzgeber die Schutzvorschrift des § 186 aufgegeben und als letzten Notbehelf die Vorschrift des § 207 gegeben, damit auf diese Weise wenigstens die Offenlegung erreicht werde, wenn schon die übrigen Sicherungsvorschriften des § 186, insbesondere die Prüfung durch Revisoren, nicht mehr zu erreichen sei.

Im Schrifttum wird verschiedentlich die Ansicht vertreten, daß der gegebene und einzig mögliche Weg die Nachgründung nach § 207 sei[42]). Merkwürdigerweise billigt allerdings Flechtheim dem Registerrichter ein Ablehnungsrecht zu, wenn der Verdacht beabsichtigter, aber verheimlichter Sachgründung bestehe. Eine nähere Begründung hierzu wird nicht gegeben. Im Ergebnis nähert sich Flechtheim damit der kammergerichtlichen Auffassung. Dies ist eine Inkonsequenz insofern, als er offenbar, wie sich aus seiner ganzen Stellungnahme zu § 207 ergibt, der Meinung ist, daß § 186 nur die eine der beiden den Gründern gebotenen Möglichkeiten sei.

Mit Recht wird von dieser Meinung darauf hingewiesen, daß der vom Reichsgericht herangezogene Begriff der „Heilung" hier garnicht passe. Zwar werde auf dem Weg des § 207 der wirtschaftliche Erfolg, den die Gründer angestrebt hatten, erreicht, aber nur dadurch, daß die Gesellschaft auf Grund eines neuen Entschlusses mit dem Dritten einen neuen Vertrag in der Form des § 207 abschließe. Die ursprünglichen Abkommen, die das Reichsgericht heilen wolle, seien und blieben unwirksam. Wirksam könnten sie nur sein, wenn sich die Gründer des gesetzlich vorgeschriebenen Weges des § 186 bedienten. Andernfalls ginge ihnen der Vorteil, den ihnen der Gesetzgeber ge-

41) K.G. in J.W. 1924 S. 199 ff.

42) Rospatt in Bank.Arch. 1930 S. 340 ff.; Brodmann a. a. O. § 207 Anm. 1 u. 7; Hachenburg in J.W. 1924 S. 199 Anm.; Flechtheim in J.W. 1929 S. 2105 ff.

währe, indem er den Vertrag für die neue juristische Person wirksam werden lasse und sie selbst frei würden, verloren. Dementsprechend bedeute der Ausdruck „müssen" in § 186 Abs. 2 nur: Wenn die Abkommen der Gesellschaft gegenüber wirksam sein sollen.

Eine nochmalige kurze Zusammenstellung der Ansichten über die vorbeabsichtigte, aber verheimlichte Sachgründung ergibt folgendes Bild. Das Reichsgericht läßt eine Heilung solcher Verträge im Wege der Satzungsänderung zu, hält dagegen § 207 nicht für anwendbar. Das Kammergericht sieht in § 207 nur einen Notbehelf für den Fall, daß sich die Beobachtung der Form des § 186 Abs. 2 nicht mehr erzwingen läßt. Rospatt u. A. stehen auf dem Standpunkt, daß die Gründer die Wahl hätten, die Abkommen in der Form des § 186 zu schließen oder es der Gesellschaft zu überlassen, die ins Auge gefaßten Gegenstände im Wege der Nachgründung zu erwerben. § 207 stehe gleichwertig neben § 186.

Es ist bereits hervorgehoben worden, daß weder die Ansicht des Reichsgerichts noch die des Kammergerichts im Gesetz eine Stütze finden, sondern daß die dritte Meinung die theoretisch einwandfreie Lösung bringt. Trotzdem ist nicht zu verkennen, daß das vom Reichsgericht angestrebte Ergebnis eine gewisse Berechtigung hat. Zwar ist, wie schon erwähnt, die Furcht, daß durch die unbegrenzte Zulassung der Nachgründungsvorschriften auf solche Verträge Gesetzesumgehungen begünstigt würden dergestalt, daß aus der Bargründung nachträglich doch noch eine Sachgründung wird, nicht gerechtfertigt. Aber das Reichsgericht hat das richtige Empfinden, daß häufig bei diesen Verträgen etwas nicht in Ordnung sein wird. Gerade wenn die Gründer bei diesen Verträgen beteiligt sind, was bei der Sacheinlage notwendigerweise der Fall ist, bei der Sachübernahme der Fall sein kann, so wird man immer, und nur zu oft zu Recht, das Gefühl haben, daß die Unterlassung der Festsetzung dieser Verträge im Gesellschaftsvertrag nur deshalb geschieht, weil diese Verträge nicht einwandfrei sind und eine Nachprüfung gerade durch die Revisoren nicht vertragen. Wenn nun auch auf dem Wege des § 207 aus der Bargründung keine Sachgründung wird, sondern die Struktur der Gesellschaft unberührt bleibt, so können doch diese nachträglich abgeschlossenen Verträge auf die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft häufig einen unheilvollen Einfluß ausüben, der vielleicht schlimmer ist, als wenn aus der Bargründung nachträglich eine Sachgründung würde. Man kann auch nicht sagen, es sei ja der eigene Wille der Gesellschaft, wenn sie für sich ungünstige Verträge abschließe. Hiergegen einzuschreiten sei nicht Sache des Gesetzgebers. Man darf nicht vergessen, daß gerade in der ersten Zeit nach der Entstehung der Gesellschaft die Gründer noch einen beherrschenden Einfluß auf sie auszuüben in der Lage sein werden, sodaß sie ihren Willen durchsetzen können, auch wenn er für die Gesellschaft nur von Nachteil sein kann und nur dem

eigenen Vorteil der Gründer dient, zum Nachteil auch für diejenigen, die mit der Gesellschaft in Geschäftsbeziehungen treten. In einem solchen Fall bietet die Vorschrift des § 207 praktisch keinen Schutz. Die Bestrebungen des Reichsgerichts sind daher im Interesse der Sauberkeit und Sicherheit des Wirtschaftslebens durchaus verständlich und grundsätzlich auch zu billigen.

Der eigentliche Fehler ist im Gesetz selbst zu suchen. Hätte man für die Nachgründung die gleichen erschwerten Bestimmungen, insbesondere hinsichtlich der Revisorenprüfung aufgestellt wie für die Gründung, so hätte das Reichsgericht niemals den gewaltsamen Weg der Satzungsänderung zu beschreiten brauchen, der ja nur erreichen sollte, daß auch diese Verträge einer Prüfung durch Revisoren unterworfen werden.

IV. Die verschleierte Sachgründung im Aktienrecht.

Es ist erfreulich, daß das Aktiengesetz all den vorstehend aufgezeigten theoretischen und besonders auch wirtschaftlichen Bedenken Rechnung getragen hat und teilweise sogar noch über das hinausgegangen ist, was an Reformwünschen laut geworden war.

In § 20 verbietet das Gesetz zunächst die bisher vom Reichsgericht als möglich angenommene Heilung der unwirksamen Sacheinlage- und Sachübernahmeabkommen durch Satzungsänderung. In § 34 Abs. 3 wird die Möglichkeit, die Vorschrift des § 20 im Wege der Schuldübernahme zu umgehen, ausgeschlossen, indem das Gesetz die Übernahme von Verpflichtungen aus Vereinbarungen über Sacheinlagen und Sachübernahmen verbietet. Alle dies ist heute nicht mehr notwendig, da § 45 Abs. 9 Aktiengesetz nunmehr unbegrenzt Verträge zuläßt über Gegenstände, die vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister Gegenstand eines Sacheinlage- oder Sachübernahmeabkommens waren und mangels Aufnahme in das Statut der Gesellschaft gegenüber unwirksam waren. Das bedeutet eine Sanktionierung der vorbeabsichtigten Nachgründung. Damit ist die unangenehme Folge der reichsgerichtlichen Rechtsprechung beseitigt, daß der Gegenstand der früheren Sacheinlageabkommen von der Gesellschaft nicht mehr erworben werden kann. Überhaupt fällt damit der ganze bisherige Streit in sich zusammen. Es ist die Frage entschieden, in welchem Verhältnis die Vorschrift des § 20 zu § 45 steht. § 45 wird, entgegen der Ansicht des Reichsgerichts, nicht durch § 20 ausgeschlossen, er ist auch nicht, wie das Kammergericht angenommen hat, nur ein Notbehelf, sondern steht gleichwertig neben § 20. Die Gründer haben die Wahl, ob sie unter Benutzung der Form des § 20 die Gesellschaft verpflichten wollen, oder ob sie die Verpflichtung einem neuen Abschluß durch die Gesellschaft selbst überlassen wollen.

Die Nichtbeachtung der Form des § 20 hat lediglich die Folge, daß die Gesellschaft als Bargesellschaft und unbelastet entsteht. Eine Gesetzesverletzung liegt in der Unterlassung der Festsetzung und der Wahl des Weges der Nachgründung nicht. Daher steht heute dem Registerrichter wegen nicht in die Satzung aufgenommener Abkommen auch kein Recht zu, die Eintragung zu verweigern.

C. Die Nachgründung.

Die Anerkennung der vorbeabsichtigten Nachgründung war möglich und unschädlich, weil § 45 Aktiengesetz, der dem Inhalt nach dem § 207 entspricht, eine völlig neue Regelung der Nachgründung bringt. Sinn und Zweck der Vorschrift ist der gleiche geblieben wie bisher. Der Gesetzgeber will den Schutz, den er der Gesellschaft und der Allgemeinheit bei der Gründung angedeihen läßt, auch noch in den ersten zwei Jahren nach der Gründung gewähren aus der Erwägung heraus, daß die Gründer in dieser Zeit häufig noch großen Einfluß auf die Gesellschaft haben und sie zu schädigen vermögen. Während durch § 20 Aktiengesetz die Struktur der Gesellschaft als Bargesellschaft gewährleistet wird, indem im Falle unwirksamer Sacheinlagevereinbarung die subsidiäre Barzahlungspflicht an ihre Stelle tritt, soll durch § 45 Aktiengesetz die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft gesichert werden. Es ist der Gesellschaft unbenommen, vorhandene oder herzustellende Anlagen und, über § 207 hinausgehend, sonstige Vermögensgegenstände zu erwerben, gleichgültig, wie hoch das dafür zu gewährende Entgelt ist. Insoweit wird sie in ihrer Entschlußfähigkeit nicht eingeschränkt. Aber für die wichtigeren Verträge, durch die das Kapital der Gesellschaft in größerem Maße in Anspruch genommen wird, trifft das Gesetz besondere Vorsichtsmaßregeln. Sobald die als Gegenleistung vertraglich zu zahlende Vergütung den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigt, bedarf der Vertrag zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung und der Eintragung in das Handelsregister. Der Beschluß der Hauptversammlung muß außerdem mit qualifizierter Mehrheit gefaßt werden.

I. Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Nachgründung.

a) Der Nachgründungsbericht.

Bevor der Vertrag, durch den Gegenstände von der Gesellschaft im Wege der Nachgründung erworben werden sollen, überhaupt der Hauptversammlung zur Beschlußfassung vorgelegt werden kann, muß der Aufsichtsrat den Vertrag prüfen und über das Ergebnis seiner Prüfung den Nachgründungsbericht erstatten. Dieser Nachgründungsbericht muß, genau wie der Bericht der Gründer, im einzelnen die Umstände angeben, aus denen sich die Angemessenheit der zu gewährenden Gegenleistung ergibt.

b) Nachgründungsprüfung.

Darüber hinaus muß der Vertrag, und dies stellt wohl die wichtigste Neuerung dar, einer Prüfung durch Revisoren unterzogen werden,

die gleichfalls ihr Hauptaugenmerk darauf haben müssen, ob die von der Gesellschaft zu gewährende Gegenleistung angemessen ist. Um etwaigen Beeinflussungen durch die Gesellschaft vorzubeugen, ist auch hier wiederum bestimmt, daß die Prüfer nur mehr vom Gericht bestellt werden können.

c) Zustimmung der Hauptversammlung.

Damit unterliegt die Nachgründung den gleichen erschwerten Voraussetzungen wie die Gründung selbst. Die Vorteile, die sich hieraus ergeben, liegen auf der Hand. Der Hauptversammlung, die über den Nachgründungsvertrag beschließen soll, müssen alle Einzelheiten dieses Vertrages bekannt gegeben werden. Es liegt eine Äußerung des Aufsichtsrats über den Vertrag vor und vor allem der unparteiische Bericht der Revisoren. Damit ist eine gewisse Gewähr dafür geboten, daß das Vertragsverhältnis der Hauptversammlung in objektiver Weise dargestellt wird, sodaß sie darüber zu entscheiden vermag, ob der Vertrag der Gesellschaft nützlich oder schädlich ist. Fehlt der Bericht des Aufsichtsrats oder der Bericht der Revisoren und faßt die Hauptversammlung gleichwohl, sei es bewußt oder aus Versehen, einen zustimmenden Beschluß, so ist dieser Beschluß nicht etwa nichtig, sondern nur gemäß §§ 197, 198 Aktiengesetz anfechtbar. Sind dagegen alle gesetzlichen Erfordernisse erfüllt, so trägt der Hauptversammlungsbeschluß, sofern er mit der erforderlichen qualifizierten Mehrheit beschlossen worden ist, dazu bei, den Vertrag für die Gesellschaft verbindlich zu machen. Bei der Berechnung der qualifizierten Mehrheit muß ein etwaiges erhöhtes Stimmrecht außer Betracht bleiben. Dies entspricht der schon für das Recht des H.G.B. vom Reichsgericht[43]) vertretenen Ansicht und gilt auch heute noch. Denn es wird sehr häufig der Fall sein, daß die Gründer gerade Stimmrechtsaktien in der Hand behalten, um sich dadurch einen möglichst großen Einfluß auf die Gesellschaft zu erhalten und ihren Willen gegenüber der Mehrheit der Aktionäre durchzusetzen.

Schließlich wird man, entsprechend der bisherigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung[44]), daran festhalten müssen, daß sich der Beschluß erkennbar auf den Nachgründungsvertrag bezieht, weil nur auf diese Weise die Gewähr dafür geboten ist, daß der Hauptversammlung der Tatbestand in seiner ganzen Bedeutung bekannt gewesen ist. Dagegen erscheint es nicht erforderlich, daß der Nachgründungsvertrag zur Zeit der Beschlußfassung bereits fest mit dem Dritten abgeschlossen ist, sondern es genügt, wenn die Einzelheiten des geplanten Vertrages unterbreitet und hierüber, allerdings mit genauer Abgrenzung des abzuschließenden Vertrages, von der Hauptversammlung beschlossen wird.

43) R.G.Z. 125 S. 356.
44) R.G.Z. 121 S. 104.

d) Eintragung in das Handelsregister.

Mit diesen Schutzmaßnahmen allein begnügt sich der Gesetzgeber aber nicht, denn trotz allem ist es sehr wohl denkbar, daß ein für die Gesellschaft nachteiliger Vertrag abgeschlossen wird. Man denke nur an den Fall, daß in der Hauptversammlung die stimmberechtigten Aktien ganz oder zum größeren Teil den Gründern gehören, die den Vertrag, der jetzt genehmigt werden soll, bereits im Gründungszeitraum abgeschlossen haben, ohne ihn in die Satzung aufzunehmen. Der Vertrag ist für die Gesellschaft ungünstig. Dies kommt auch in dem Bericht der Prüfer zum Ausdruck. Trotzdem genehmigen die Gründer als Inhaber der Aktien den Vertrag, weil sie ein Interesse daran haben, von ihrer gesamtschuldnerischen Haftung gegenüber dem Partner des verschleierten Sachübernahmeabkommens frei zu werden. Durch den ungünstigen Prüferbericht werden sie daran nicht gehindert. Damit wäre trotz aller Vorsichtsmaßnahmen der Schutz der Gesellschaft und ihrer Gläubiger illusorisch gemacht. Ebensogut ist es auch denkbar, daß Aufsichtsrat und Prüfer sich über die Bedenken, die gegen den Vertrag bestehen, hinwegsetzen und die Gegenleistung für angemessen erklären. Die Mitglieder der Hauptversammlung werden meist nicht die genügende Sachkenntnis haben, um den Vertrag und seine Auswirkungen und vor allem die Angemessenheit der Gegenleistung beurteilen zu können. Aus dieser Unkenntnis heraus werden sie den Vertrag genehmigen. Auch hier wäre das Ergebnis das gleiche wie im ersten Fall. Die an dem Vertrag interessierten Personen hätten ihren Willen trotz aller Schutzmaßnahmen des Gesetzes erreicht. Hier greift nun das Gesetz ein, um das Wirksamwerden der auf solche Weise zustandegekommenen Verträge zu verhindern. Sie müssen nämlich, um wirksam zu werden, in das Handelsregister eingetragen werden. Dabei müssen der Nachgründungsbericht, der Bericht der Prüfer samt den urkundlichen Unterlagen des Vertrages und gem. § 111 Abs. 5 Aktiengesetz auch der zustimmende Generalversammlungsbeschluß vom Vorstand miteingereicht werden. Aus diesen Urkunden vermag nun der Registerrichter seinerseits zu ersehen, ob der Vertrag ordnungsmäßig ist. In dem ersten der vorerwähnten Fälle wird er aus dem Bericht der Prüfer ersehen, daß sie gegen den Vertrag Bedenken erhoben haben. In diesem Fall kann er trotz des zustimmenden Hauptversammlungsbeschlusses die Eintragung des Vertrage ablehnen und so das Wirksamwerden des Vertrages verhindern. Dabei bedeutet der Ausdruck „kann", daß die Ablehnung in das pflichtmäßige Ermessen des Richters gestellt ist und daß er die Eintragung ablehnen muß, wenn er zu der Überzeugung gelangt, daß der Vertrag nicht den gesetzlichen Erfordernissen entspricht. Der Registerrichter ist aber nicht allein auf die Erklärung der Prüfer angewiesen, sondern er hat ein selbständiges Prüfungs- und Ablehnungsrecht für den Fall, daß der Nachgründungsvertrag offensichtlich ungesetzlich ist. Damit ist auch in dem

zweiten Fall der Schutz der Gesellschaft und der Gläubiger gewährleistet. Allerdings darf man sich hier keinen allzu großen Illusionen hingeben, denn wenn die Prüfer im Zusammenwirken mit dem Aufsichtsrat entgegen ihrer wahren Meinung den Vertrag als ordnungsmäßig bezeichnen, so wird es für den Registerrichter in den meisten Fällen sehr schwierig oder gar unmöglich sein, das Gegenteil festzustellen, zumal man von Seiten der Gesellschaft schon dafür Sorge tragen wird, daß die Verstöße gegen das Gesetz nicht offen zutage treten. Hier liegt eine große und schwierige Aufgabe für den Registerrichter, der durch seine Aufmerksamkeit, um nicht zu sagen durch sein Mißtrauen, viel dazu beitragen kann, um den gesetzgeberischen Grundgedanken zur Durchführung zu bringen. Diese Aufgabe beginnt schon bei der Auswahl der Prüfer. Der Prüfer muß der Helfer des Richters werden, der seine Aufgabe darin sieht, daran mitzuwirken, daß Sauberkeit und Ehrlichkeit in der Wirtschaft herrschen. Werden hier nur Personen ausgewählt, die absolut zuverlässig sind und über hinreichende Sachkunde verfügen, so wird es der Gesellschaft schwerfallen, derartige Verträge zur Eintragung zu bringen, weil sich dann aus dem Bericht der Prüfer die nötigen Anhaltspunkte für den Registerrichter ergeben. Aber trotz dieser vorsorgenden Maßnahmen bei der Auswahl der Prüfer muß der Registerrichter bei jeder Nachgründung mit besonderer Aufmerksamkeit alle Voraussetzungen prüfen. Da er ja nicht sofort endgültig die Eintragung abzulehnen braucht, sondern im Gegenteil der Gesellschaft Gelegenheit geben soll, den Beanstandungen abzuhelfen, wird es ratsam sein, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, sobald auch nur der geringste Verdacht besteht. Das Interesse der Gesellschaft an einer beschleunigten Erledigung muß hier hinter den Interessen der Allgemeinheit an der Sicherheit im Wirtschaftsleben zurücktreten.

II. Nachgründung ohne Zustimmung der Hauptversammlung.

Es bestand bisher Streit darüber, wie ein Nachgründungsvertrag zu behandeln ist, der zunächst ohne Zustimmung der Hauptversammlung geschlossen worden ist. Mit Recht wurde die Meinung[45]) vertreten, daß der Vertrag in diesem Fall nicht nichtig, sondern schwebend unwirksam sei, und daß die Unwirksamkeit durch die nachträglich erteilte Zustimmung der Hauptversammlung behoben werde. Für den Fall, daß die Zustimmung der Generalversammlung nachträglich nicht zu erlangen war, wollte das Reichsgericht[46]) die Vorschriften der §§ 171 ff. BGB., insbesondere § 178 anwenden. Demgegenüber ist

45) R,G. in J.W. 1929 S. 2944, Bayr.Ob.L.G. in J.W. 1924 S. 1646; Brodmann § 207 Anm. 4a.
46) R.G. in J.W. 1929 S. 2944.

aber sehr zu Recht darauf hingewiesen worden[47]), daß diese Vorschriften auf den gegebenen Fall nicht passen. Abgesehen davon, daß sich bezüglich der Fristen — einerseits der Frist für den Widerruf des Dritten und andererseits der Frist für die Einberufung der Generalversammlung — für die Gesellschaft beinahe unüberwindliche Schwierigkeiten ergeben, ist darauf verwiesen worden, daß der Vorstand, der den Nachgründungsvertrag abgeschlossen hat, nicht Vertreter ohne Vertretungsmacht ist, sondern im Gegenteil gerade das zur Vertretung der Gesellschaft gesetzlich und verfassungsmäßig berufene Organ. Zutreffend wird der Fall damit verglichen, daß ein Vormund für sein Mündel einen Vertrag abgeschlossen hat, der der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Die Stellung der Generalversammlung entspricht genau der des Vormundschaftsgerichts. Geiler will deshalb § 177 BGB. „vernunftgemäß und entsprechend" anwenden. Glücklicher ist die Lösung von Flechtheim, der unter Hinweis auf die Entscheidung des Reichsgerichts in Band 121 S. 105 dem Dritten ein durch Treu und Glauben begrenztes Widerrufsrecht einräumen will. Es entspricht, wie Rospatt[48]) zutreffend bemerkt, der Verkehrssitte, dem Dritten das Recht zu geben, der Gesellschaft eine angemessene Frist zur Beibringung des Generalversammlungsbeschlusses zu setzen, nach derem fruchtlosem Ablauf der Dritte vom Vertrag zurücktreten kann.

Nach dem Aktiengesetz ist die Rechtslage insofern anders, als das Gesetz die Zustimmung der Hauptversammlung für sich allein nicht als ausreichend ansieht. Sie ist nur, ebenso wie etwa der ordnungsmäßige Vertragsabschluß und die Berichte des Aufsichtsrats und der Prüfer Voraussetzung für die Eintragung in das Handelsregister. Erst die letztere bewirkt, daß der Vertrag für die Gesellschaft verbindlich wird. Ohne die Eintragung ist der Vertrag unwirksam. Um bei dem Vergleich mit dem Vormund zu bleiben: Die Nachgründung entspricht einem Vertrag, durch den ein dem Mündel gehörendes Grundstück verkauft und übereignet werden soll. Die hierzu erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts entspricht der Zustimmung der Hauptversammlung. Sie ist Voraussetzung für die Eintragung im Grundbuch. Der vom Vormund angetrebte Erfolg, der Eigentumsübergang, tritt aber erst mit der Eintragung in das Grundbuch ein, die insoweit der Eintragung des Vertrages in das Handelsregister entspricht.

III. Dingliche Wirkung der Unwirksamkeit.

Ein weiterer, bisher streitiger Punkt ist dadurch klargestellt worden, daß das Gesetz in § 45 nunmehr vorschreibt, daß auch die Rechts-

47) Geiler in J.W. 1929 S. 2924; Flechtheim in J.W. 1929 S. 2944 Anm.
48) a. a. O. V.

handlungen zur Ausführung eines Nachgründungsvertrages unwirksam sind, wenn die Zustimmung der Hauptversammlung oder die Eintragung im Handelsregister fehlen. Damit ist die Nachgründung auch in diesem Punkte der Gründung angepaßt. Bisher stand die eine Richtung[49]) auf dem Standpunkt, den sich heute das Gesetz zueigen gemacht hat, daß sich die Unwirksamkeit auch auf das dingliche Erfüllungsgeschäft erstrecke. Die gegenteilige Ansicht, die für eine Beschränkung der Unwirksamkeit auf das Grundgeschäft eintrat[50]), begründete ihren Standpunkt hauptsächlich aus der Fassung des § 207 H.G.B., die lautet: „Verträge, nach denen sie ..... erwerben soll". Hierunter könne man nur die der Erfüllung vorausgehenden Verträge verstehen. Für die vom Reichsgericht vertretene Ansicht war offenbar wiederum der Gedanke maßgebend, daß durch eine Einschränkung, wie sie die zweite Meinung will, Gesetzesumgehungen begünstigt werden könnten. Es gilt hier das gleiche wie schon früher. Theoretisch ist die Ansicht des Reichsgerichts zumindesten zweifelhaft, sie führt aber zu praktischen Ergebnissen. Die Aufnahme in das Gesetz hat mit Recht den Bedenken des Reichsgerichts Rechnung getragen.

IV. Nichtanwendbarkeit der Nachgründungsvorschriften.

Bisher bestimmte § 207 H.G.B., daß die Vorschriften über die Nachgründung auf den Erwerb von Grundstücken keine Anwendung finden, wenn dieser Erwerb den Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft bildet oder wenn die Grundstücke in der Zwangsversteigerung erworben werden. Diese Vorschrift ist nunmehr dahin erweitert worden, daß die Nachgründungsvorschriften keine Anwendung finden, wenn der Erwerb der Vermögensgegenstände, also nicht nur der Grundstücke, den Gegenstand des Unternehmens bildet. Unzweifelhaft bedeutet diese Neuregelung eine erhebliche Annehmlichkeit für die Gesellschaft, weil dadurch eine ganze Reihe von Geschäften wesentlich schneller abgewickelt werden können als dies unter Beobachtung der Nachgründungsvorschriften möglich ist. Andererseits ist damit wieder eine neue Möglichkeit für die Gesellschaft geschaffen, die Nachgründungsvorschriften zu umgehen. Schuld daran ist die unklare Ausdrucksweise des Gesetzes. Nach dem Wortlaut des Gesetzes möchte man annehmen, daß maßgebend sei, ob der Erwerb den Gegenstand des Unternehmens bildet. Das kann aber nicht richtig sein, da in diesem Fall praktisch jeder Erwerb der Gesellschaft unter die Sonderregel fallen würde. Maßgebend ist vielmehr, ob die Verarbeitung oder Weiterveräußerung oder der Verbrauch den Gegenstand

49) R.G. in J.W. 1929 S. 2946; Bayr.O.L.G. in J.W. 1924/1646.
50) Makower § 207 Anm. II; Güthe-Triebel G.B.O. 5. Aufl. § 33 Anm. 16; Lehmann-Ring § 207 Anm. 7; Rospatt a. a. O.; K.G. in O.L.G.E. Bd. 43 S. 307.

des Unternehmens bildet. Nur wenn das feststeht, kann die Sonderregel des § 45 Abs. 8 zur Anwendung kommen. Bei Vermögensgegenständen, die in der Zwangsversteigerung erworben worden sind, wird man nach dem Grund des Erwerbs fragen müssen. Hat die Gesellschaft den Gegenstand aus freien Stücken erworben, weil der Erwerb eine günstige Gelegenheit für sie darstellt, so kann die Ausnahmevorschrift nicht Platz greifen. Ein solcher Erwerb könnte aber möglicher weise unter den ersten Ausnahmefall gebracht werden, wenn der Gegenstand zur Verarbeitung, zum Verbrauch oder zur Weiterveräußerung bestimmt ist. Der zweite Ausnahmefall gilt immer nur dann, wenn sich die Gesellschaft beim Erwerb in einer Zwangslage befindet. Mit anderen Worten, sie muß an der Zwangsversteigerung beteiligt sein. Nicht notwendig ist, daß sie die betreibende Gläubigerin ist, aber immerhin muß ihr im Falle der Nichtbeteiligung ein Vermögensverlust drohen. Nur unter diesen Voraussetzungen kommt die Vorschrift des § 45 Abs. 8 zum Zuge.

V. Auslegung des § 45 Abs. 9.

Auf den ersten Blick möchte man annehmen, daß die Nachgründungsvorschriften auf solche Verträge nicht zur Anwendung gelangen, bei denen die Vergütung weniger als den zehnten Teil des Grundkapitals ausmacht, bei denen der Erwerb den Gegenstand des Unternehmens bildet und wenn mehr als zwei Jahre seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister verstrichen sind, selbst dann nicht, wenn diese Verträge vorbeabsichtigt waren, ihre Aufnahme in die Satzung aber von den Gründern unterlassen worden ist. Diese Meinung wird auch vertreten[51]). Sie kann aber nicht gebilligt werden. Wäre sie richtig, so wäre der Gewinn, der durch die Neufassung des § 207 H.G.B. erzielt worden ist, nur sehr gering, denn der Revisorenprüfung auf der einen Seite ständen auf der anderen Seite unübersehbare Nachteile gegenüber. Zahlreichen Umgehungsmöglichkeiten wäre Tür und Tor geöffnet, denn es bleibt immer zu berücksichtigen, daß die vorbeabsichtigte Nachgründung heute grundsätzlich zulässig ist. Einem einigermaßen geschickten Gründerkonsortium sollte es unter diesen Umständen nicht schwer fallen, alles das durchzusetzen, was bisher nach § 207 H.G.B. nicht durchführbar war. Dazu käme heute der Nachteil, daß das Reichsgericht nicht mehr länger seine hemmende, im Ergebnis zu billigende Rechtsprechung aufrechterhalten könnte, da ja das Gesetz eine Heilung im Wege der Satzungsänderung ausdrücklich ausschließt.

---

51) Schlegelberger-Quassowski § 45 Anm. 12; Herbig, Dt.Not.Ztg. 1936 S. 202.

Es bliebe dann überhaupt nur noch eine Möglichkeit, um den mit Sicherheit zu erwartenden Umgehungsversuchen einigermaßen zu steuern. Im § 45 Abs. 9 werden nur Verträge der im Abs. 1 bezeichneten Art — also Verträge, bei denen die Vergütung den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigt — erwähnt. Daraus ließe sich der Schluß rechtfertigen, daß andere Verträge, bei denen die Vergütung weniger als den zehnten Teil des Grundkapitals ausmacht, deren Erwerb den Gegenstand des Unternehmens bildet oder die erst zwei Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft abgeschlossen werden, überhaupt nicht mehr abgeschlossen werden können, wenn sie vorbeabsichtigt waren. Aber auch diese Lösung kann einer vernunftgemäßen Auslegung des Gesetzes nicht entsprechen. Man würde damit der Gesellschaft die Möglichkeit nehmen, wichtige Verträge abzuschließen, nur weil die Gründer den gleichen Vertrag schon einmal abgeschlossen hatten, ohne ihn in die Satzung aufzunehmen und weil zufällig die Vergütung weniger als den zehnten Teil des Grundkapitals ausmacht. Gerade der letzte Gesichtspunkt dürfte ausschlaggebend sein. Wenn Verträge, bei denen die von der Gesellschaft zu bewirkende Leistung mehr als den zehnten Teil des Grundkapitals ausmacht, trotz Verstoß gegen § 20 im Wege der Nachgründung erneut abgeschlossen werden können, dann muß es erst recht möglich sein, geringfügigere Verträge erneut abzuschließen. Das gleiche gilt natürlich auch für Verträge, bei denen der Erwerb des Vermögensgegenstandes den Gegenstand des Unternehmens bildet oder die zwei Jahre nach der Eintragung abgeschlossen werden. Man sieht, daß auch diese Konstruktion keinen befriedigenden Ausweg aus den Schwierigkeiten bietet.

Es bleibt nur ein einziger Weg offen, wenn man den Anforderungen des Wirtschaftslebens und der Sicherheit der Allgemeinheit gleichzeitig Rechnung tragen will. Solche Verträge, bei denen die Vergütung weniger als den zehnten Teil des Grundkapitals ausmacht, durch die Vermögensgegenstände erworben werden sollen, die den Gegenstand des Unternehmens bilden oder die erst später als zwei Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft geschlossen werden, unterliegen ebenfalls den strengen Nachgründungsvorschriften, wenn sie vorbeabsichtigt waren. Damit ist der Gesellschaft die Möglichkeit gegeben, günstige Verträge erneut abzuschließen, während verhindert wird, daß ungünstige Verträge zum Nachteil der Allgemeinheit zur Durchführung gelangen. Dem Gesetz wird mit dieser Lösung keine Gewalt angetan, denn es sagt ja in § 45 Abs. 9 nicht etwa, daß die erwähnten Verträge auch ohne Berücksichtigung der Nachgründungsvorschriften erneut wirksam abgeschlossen werden können, sondern es befaßt sich nur mit den wichtigeren Verträgen des Abs. 1, ohne damit ein Urteil über die anderen Verträgen zu sprechen.

VI. Nach Errichtung abgeschlossene Verträge.

Es ist bei den bisherigen Untersuchungen über die vorbeabsichtigte Nachgründung stets von dem Fall ausgegangen worden, daß die Gründer den Vertrag vor der Errichtung der Gesellschaft abgeschlossen und nicht in die Satzung aufgenommen haben. Das Ereignis war, daß derartige Verträge der Gesellschaft gegenüber unwirksam sind, daß aber der Gegenstand des unwirksamen Vertrages im Wege der Nachgründung von der Gesellschaft erworben werden kann. Weiter ist geprüft worden, wie Verträge zu behandeln sind, die der Vorstand nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister abgeschlossen hat. Hier war das Ergebnis, daß sie unter allen Umständen den Nachgründungsvorschriften unterliegen, wenn sie vorbeabsichtigt waren. Es ist nunmehr noch der Fall zu untersuchen, wie Verträge zu behandeln sind, die nach der Errichtung, aber vor der Eintragung der Gesellschaft abgeschlossen worden sind. Da die Errichtung der Gesellschaft zur Voraussetzung hat, daß die Satzung festgestellt ist, können solche erst nach der Errichtung abgeschlossenen Verträge weder als Sacheinlage- noch als Sachübernahmeabkommen angesehen werden. Sie können es dann werden, wenn das Statut bis zur Anmeldung noch entsprechend geändert und die Verträge darin aufgenommen werden. Dies ist möglich, da ja die Erklärung an die Öffentlichkeit die das nachträgliche Wirksamwerden solcher Verträge durch Aufnahme in die Satzung verbietet, noch nicht erfolgt ist. Dieser Fall ist also nicht ungewöhnlich. Zweifelhaft wird die Rechtslage nur dann, wenn die Verträge bis zur Eintragung nicht mehr in das Statut aufgenommen worden sind. Die Frage ist, ob es sich bei solchen Verträgen noch um unwirksame Sacheinlage- oder Sachübernahmeabkommen oder nur um gewöhnliche Verkehrsgeschäfte handelt. Wie die Entscheidung auch sein mag: Unwirksam sind derartige Verträge der zukünftigen Gesellschaft gegenüber auf jeden Fall. Trotzdem ist die Entscheidung nicht ohne Interesse, denn von ihr hängt es ab, ob derartige Verträge nur unter Beobachtung der Nachgründungsvorschriften abgeschlossen werden können, oder ob die Gesellschaft die in der Person des für sie vor der Eintragung Handelnden entstandene vertragliche Verpflichtung übernehmen kann. Falls es sich nämlich um ein Sacheinlage- oder Sachübernahmeabkommen handelt, verbietet § 34 Abs. 3 Aktiengesetz eine solche Übernahme der Verpflichtung, während die Vorschrift einer Übernahme der Verpflichtung aus einem Verkehrsgeschäft nicht entgegensteht. Die Frage läßt sich nur beantworten, wenn man sich klarmacht, bis zu welchem Zeitpunkt die Vorschrift des § 20 Aktiengesetz gilt. Gilt sie bis zur Eintragung, so handelt es sich bei den Verträgen um unwirksame Sacheinlage- oder Sachübernahmeabkommen. Gilt sie dagegen nur bis zur Errichtung, so sind es gewöhnliche Verkehrsgeschäfte.

Schon rein äußerlich betrachtet spricht die Stellung des Paragraphen im Gesetz dafür, daß er nur bis zur Errichtung der Gesellschaft Geltung hat. Darüber hinaus ergibt sich aber aus § 34 Abs. 2 mit aller Deutlichkeit, daß es Verträge geben muß, die vor der Eintragung der Gesellschaft abgeschlossen worden sind, ohne daß sie deshalb Sacheinlage- oder Sachübernahmeabkommen sind. Diesen Fall behandelt erst § 34 Abs. 3. Damit ist klargestellt, daß die Vorschrift des § 20 nur bis zur Errichtung der Gesellschaft gilt. Demgemäß können auch Verpflichtungen aus Verträgen, die erst nach der Errichtung der Gesellschaft geschlossen worden sind, von der Gesellschaft unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 34 Abs. 3 übernommen werden. Allerdings ist auch hier immer wieder die Voraussetzung, daß die Verträge nicht von den Gründern vorbeabsichtigt oder gar schon abgeschlossen waren, denn sonst wäre ein einfacher Weg zur Umgehung der Nachgründungsvorschriften gefunden. Die Gründer verabreden den Abschluß eines Vertrages, der erste Vorstand schließt ihn noch vor der Eintragung der Gesellschaft fest ab und die entstandene Gesellschaft übernimmt die aus diesem Vertrage entspringende Verpflichtung. Daß hier die Möglichkeit einer Übernahme durch die Gesellschaft auszuscheiden hat, ist selbstverständlich, denn es handelt sich jetzt nicht mehr um ein gewöhnliches Verkehrsgeschäft, sondern um ein unwirksames Sacheinlage- oder Sachübernahmeabkommen. Ein solcher Vertrag könnte nur unter Beobachtung der Nachgründungsvorschriften abgeschlossen werden.

Die Handhabung dieser Unterschiede in der Praxis wird erhebliche Schwierigkeiten bereiten, denn gerade bei unsauberen Geschäften wird der Vorstand niemals eingestehen, daß er den Vertrag auf Veranlassung der Gründer geschlossen hat, die ihn bereits ihrerseits ins Auge gefaßt oder abgeschlossen hatten. Der Registerrichter hat, selbst wenn er etwas von derartigen Verträgen erfahren sollte, keine Möglichkeit, von sich aus einzugreifen, da die Anmeldung dieser Verträge nach § 303 Abs. 2 Aktiengesetz nicht durch Ordnungstrafen erzwungen werden kann. Damit kann § 132 F.G.G. keine Anwendung finden. Hier muß die Tätigkeit des Aufsichtsrats einsetzen, der gem. § 95 Aktiengesetz verpflichtet ist, die Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen. Geschieht dies in gewissenhafter Weise, so wird die Durchführung solcher Verträge erheblich erschwert. Zwar hat der Aufsichtsrat nicht die Macht, in die Geschäftsführung des Vorstandes einzugreifen, aber er hat die Möglichkeit, die notwendigen Sicherungsmaßnahmen einzuleiten, indem er entweder gem. § 95 Abs. 4 Aktiengesetz die Hauptversammlung einberuft oder notfalls von dem ihm nach § 75 Abs. 3 Aktiengesetz zustehenden Recht Gebrauch macht, den Vorstand abzuberufen. Unterläßt der Aufsichtsrat trotz Kenntnis der Sachlage diese Schutzmaßnahmen, so macht er sich nach § 99 Aktiengesetz schadensersatzpflichtig.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Brodmann, Kommentar zum Aktienrecht. 1928.
Cohnitz, Verschleierte Sachgründung, in J.W. 1930, S. 2640.
Crisolli, Die Rechtsnatur der Sacheinlageverpflichtung, in Z.H.R. Band 93, Seite 226.
Düringer-Hachenburg-Bing, Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, 1932.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl.
Fischer, Verschleierte Sachgründung, in L.Z. 1912, Sp. 591.
Flechtheim, Die Heilung der verschleierten Sachgründung, in J.W. 1929, S. 2105.
Geiler, Die Nachgründung, in J.W. 1929, S. 2924.
Goldschmit, Die Aktiengesellschaft, 1927.
Hachenburg, Anmerkung zu K.G., in J.W. 1924 S. 199.
— Anmerkung zu R.G., in J.W. 1932 S. 1647.
— Anmerkung zu K.G., in J.W. 1932 S. 2630.
Heilbrunn, Die Bargründung, in Hans.Ger.Ztg. 1922, S. 651.
Könige-Teichmann-Köhler, Handelsgesetzbuch, 1932.
Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften.
Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, 1914.
Makower, Handelsgesetzbuch, 13. Auflage, 1906.
Mann, Die Sachgründung im Aktienrecht, 1932.
Motive zum Aktienrecht 1884.
Rospatt, Verschleierte Sachgründung der Aktiengesellschaft, in BankArch. 1930, S. 340.
Staub-Pinner, Handelsgesetzbuch, 14. Auflage, 1932.
Baumbach, Aktiengesetz, 1937.
Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz, 1937.
v. Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, Berlin, Leipzig 1937.
Teichmann-Köhler, Aktiengesetz, Mannheim, Berlin, Leipzig 1937.

Lebenslauf.

Ich wurde am 24. Juni 1910 als Sohn des Amtsgerichtsrats Hermann Littmann und seiner Ehefrau in Marburg a. d. Lahn geboren.

Seit Ostern 1920 besuchte ich das Lessing-Gymnasium in Frankfurt a. Main und bestand Ostern 1929 an dieser Anstalt die Reifeprüfung. Vom Sommersemester 1929 bis zum Wintersemester 1932 studierte ich an den Universitäten Marburg a. d. Lahn und Frankfurt a. Main Rechtswissenschaft. Am 11. November 1933 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Frankfurt a. Main das Referendarexamen. Während der Ausbildungszeit als Referendar war ich an den Gerichten in Frankfurt a. Main und Danzig beschäftigt. Am 16. April 1937 legte ich vor der Prüfungsstelle Düsseldorf des Reichsjustizprüfungsamtes die Assessorprüfung ab.